Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

GENEHMIGT VON DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

KÖNIGLICHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT

ZU BERLIN

UND ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

am 18. Juli 1910, 12 Uhr

von

Herbert Schachian
Kammergerichtsreferendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Opponenten:
Herr Amtsrichter Andreas Juergensen zu Berlin.
Herr Referendar Herrmann Walter Frey zu Berlin.
Herr Referendar Dr. Goetzel zu Berlin.

Berlin 1910
Druck von Emil Ebering
Mittelstraße 39.

210

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535712_0207

Plan der Darstellung.

Teil I: Die einzelnen Erscheinungsformen relativ unwirksamer Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Grenzen der relativen Unwirksamkeit im konkreten Falle.

§ 1. Die relative Unwirksamkeit auf Grund relativer Veräußerungsverbote und als Folge der Gebundenheit zugunsten bedingter Verfügungen.

§ 2. Die relative Unwirksamkeit von Abreden entgegen dem obligatorischen Vorkaufsrecht und von Rechtsgeschäften über Mietzinsforderungen.

§ 3. Der Einfluß der Vormerkung und des Fideikommissvermerks.

§ 4. Ueber die Relativität der Verfügungsbeschränkungen im ehelichen Güterrecht.

§ 5. Die Fälle relativer Unwirksamkeit im Erbrecht.

§ 6. Die relative Unwirksamkeit in den handelsrechtlichen und urheberrechtlichen Gesetzen.

§ 7. Die Wirkung von Verfügungen des Schuldners während der Zwangsversteigerung bezw. Zwangsverwaltung des Grundstücks.

§ 8. Die Grenzen der Unwirksamkeit bei Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.

§ 9. Die grundbuchrechtliche Gestaltung bei Verfügungen des Gemeinschuldners.

§ 10. Die Folgen der Anfechtung nach der Konkursordnung und nach dem Anfechtungsgesetz.

§ 11. Die sog. Veräußerungsverbote des geltenden katholischen Kirchengüterrechts.

Teil II: Das Wesen der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

§ 1. Der Zusammenhang zwischen den Begriffen „Rechtsgeschäft“ und „relative Unwirksamkeit“, sowie das Verhältnis beider im römischen Recht.

§ 2. Der Aufbau des Systems der Unwirksamkeit.

§ 3. Relative Nichtigkeit und relative Unwirksamkeit.

§ 4. Die rechtliche Natur der relativen Unwirksamkeit und die Auffindung der grundlegenden Regel für ihre Umgrenzung.

§ 5. Die Gliederung der relativen Unwirksamkeit in die Unterarten der objektiv- und subjektiv-relativen Unwirksamkeit.

§ 6. Weitere Eigentümlichkeiten der relativen Unwirksamkeit; Rückblick.

Literaturverzeichnis.

1. **Achilles-Strecker,** Die Grundbuchordnung nebst Ausführungsbestimmungen, Berlin 1901.
2. **Alexander,** Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB., Berlin 1903 (Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Heft 17).
3. **Betzinger-Mainhard,** Handbuch der Liegenschaftsvollstrekkung, Tübingen 1908.
4. **Biermann,** Das Bürgerliche Recht Bd. 1, Berlin 1908.
5. **Biermann,** Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl., Berlin 1903.
6. **Biermann,** Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901.
7. **Justus Henning Böhmer,** Jus ecclesiasticum Protestantium, Halle 1723.
8. **Börner,** Der vorl. Entwurf eines Gesetzes über Familien-Fideikommisse in Preußen, Recht 1903 S. 498.
9. **Brandis,** Ueber absolute und relative Nichtigkeit, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozessrecht Bd. VII, 1834.
10. **Brinz,** Lehrbuch der Pandekten, Lotmar ed. 2. Aufl., Leipzig 1892.
11. **Brunner,** Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. Bd. 1, Leipzig 1906.
12. **Christians,** Ueber die sogenannte relative Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Diss. Erlangen 1898.
13. **Cohen,** Bezieht sich BGB. § 573 nur auf freiwillige Verfügungen oder auch auf Zwangsvollstreckungen?, DJZ. 1904 S. 499.
14. **Corpus Juris Canonici ed. Friedberg,** 2. Aufl.

15. **Corpus Juris Civilis,** Bd. I 11. Aufl., Mommsen-Krüger, Berlin 1908, Bd. II u. III. 10. Aufl.
16. **Cosack,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 5. Aufl., Jena 1909.
17. **Cosack,** Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, Stuttgart 1884.
18. **Crome,** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900.
19. **Dernburg,** Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 3. Aufl.; Bd. II, 1, 4. Aufl. ed. Engelmann, Halle 1909.
20. **Dernburg,** Pandekten (ed. Biermann) 7. Aufl., Berlin 1902.
21. **Dernburg,** Lehrbuch des Preussischen Privatrechts 3. Aufl., Halle 1884.
22. **Drewes,** Unanwendbarkeit des § 41 GBO. im Falle der nicht befreiten Vorerbschaft, DJZ. 1903 S. 198.
23. **Düringer-Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch, Mannheim 1901.
24. **Eccius,** Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 481 ff., Berlin 1906.
25. **Eck,** Vorträge über das Recht des BGB. (ed. Leonhard), Berlin 1903.
26. **Endemann,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 9. Aufl. Berlin 1903.
27. **Endemann,** Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsrechte, Leipzig 1887.
28. **Enneccerus-Kipp-Wolff,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 4. u. 5. Aufl., Marburg 1909.
29. **Figge,** Begriff der Unwirksamkeit im BGB., Diss. Rostock 1902.
30. **Fischer-Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch u. EG. 8. Aufl. München 1909.
31. **Fischer-Schäfer,** Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902.
32. **Fitting,** Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 3. Aufl., Berlin 1904.
33. **Förster-Eccius,** Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preuss. Privatrechts 5. Aufl., Berlin 1888.

34. **Friedberg,** Lehrbuch des kath. u. ev. Kirchenrechts 6. Aufl., Leipzig 1909.
35. **Frommhold,** Kommentar zum Erbrecht des BGB., Berlin 1900.
36. **E. Fuchs,** Grundbuchrecht Bd. I, Berlin 1902.
37. **Gaupp-Stein,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 8. u. 9. Aufl., Tübingen 1908.
38. **Gerhard, Hagen, v. Knebel-Doeberitz,** Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz.
39. **Julius Gierke,** Wie weit ist bei Versicherungsverträgen die Vertragsfreiheit durch zwingende Rechtssätze zugunsten des Versicherten einzuschränken, in den Verhandlungen des 27. DJT. 1904 Bd. II S. 57 ff.
40. **Otto Gierke,** Deutsches Privatrecht Bd. II (Sachenrecht), Leipzig 1905.
41. **Goldmann,** Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1906.
42. **Goldmann-Lilienthal,** Das BGB. systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1903 Bd. I.
43. **Gradenwitz,** Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, Berlin 1887.
44. **Güthe,** Die Grundbuchordnung f. d. D. R., Berlin 1905.
45. **Hachenburg,** Das BGB. f. d. D. R., Vorträge, Mannheim 1900.
46. **Hahn,** Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881.
47. **Hager-Behrend,** Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin 1908.
48. **Hartmann-Meikel,** Das Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen 5. Aufl., Berlin 1904.
49. **Hellmann,** Zur Terminologie der röm. Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen, ZRGR. (Savigny-St.) Bd. 23 S. 380.
50. **Hellmann,** Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
51. **Hellmann,** Zur Lehre der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, Iherings J. Bd. 42 S. 415, 1901.
52. **Hellwig,** Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

53. **Hellwig,** Grenzen der Rückwirkung, Gießen 1907.
54. **Hellwig,** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I, Leipzig 1903.
55. **Hellwig,** Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
56. **Hellwig,** Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
57. **Hellwig,** Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen KO., ZZP. Bd. 26 S. 485, 1899.
58. **Herold,** Wie wirken im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen? Sächs. Arch. 1906 S. 481.
59. **Heumann-Seckel,** Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts 9. Aufl., Jena 1907.
60. **Hinschius-Seckel,** Das Kirchenrecht, in Birkmeyer, Encyclopädie d. R. W., 2. Aufl., Berlin 1907.
61. **Hölder,** Kommentar zum BGB. Allgem. Teil, Berlin 1900.
62. **Jacobi,** Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, ArchZivPrax. Bd. 86 S. 53.
63. **Jaeckel,** Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 3. Aufl. (ed. Güthe), Berlin 1909.
64. **Jaeckel,** Anfechtung von Rechtshandlungen . . 2. Aufl., Berlin 1889.
65. **Jaeger,** Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses, Berlin 1905.
66. **Jaeger,** Kommentar zur Konkursordnung 3. u. 4. Aufl., beg. Berlin 1907.
67. **Josef,** Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1906.
68. **Karlowa,** Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.
69. **Klein,** Welche Bedeutung kommt den nach kath. Kirchenrecht bestehenden Beschränkungen der Veräußerung . . zu ? ArchKathKR. Bd. 85, Mainz 1905 S. 243.
70. **Knipschild,** De fideicommissis familiarum nobilium 1654.
71. **Kohler,** Leitfaden des Deutschen Konkursrechts 2. Aufl., Stuttgart 1903.
72. **Kohler,** Lehrbuch des Bürg. Rechts, Berlin 1906.

73. **Kohler,** Ueber den Willen im Privatrecht, Iherings J. 1889 Bd. 28 S. 166 ff.
74. **Kohler,** Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
75. **Kohler,** Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim u. Lahr.
76. **Kohler,** Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Berlin 1894.
77. **Kormann,** Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim kath. Kirchengut u. d. Bürg. Recht (Heft 42 der kirch. Abhandlungen ed. Stutz), Stuttgart 1907.
78. **Krech-Fischer,** Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung 5. Aufl., Berlin 1907.
79. **Kretzschmar,** Zwei Fragen aus dem Grundbuchrecht, ZBlFfG. 1902 S. 812.
80. **Kretzschmar,** Das Sachenrecht des BGB., Leipzig 1906.
81. **Kretzschmar,** Zur Bedeutung des im BGB. bestimmten WegnahmeRechts, ZBlFfG. Bd. 6 S. 10.
82. **Lehmann - Ring,** Das Handelsgesetzbuch f. d. D. R., Berlin 1902.
83. **Lemke,** Unwirksamkeit, ein Beitrag zur Terminologie des BGB., Diss. Leipzig 1908.
84. **R. Leonhard,** Der Allgem. Teil des BGB., Berlin 1900.
85. **R. Leonhard,** Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl. Breslau 1907.
86. **R. Leonhard,** Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Iherings J. Bd. 41 S. 42.
87. **Lieven,** Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des BGB., Diss. Erlangen 1909.
88. **Loewe - Hellweg,** Die Strafprozeßordnung f. d. D. R. 12. Aufl., Berlin 1907.
89. **Manigk,** Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
90. **Markwald,** Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB., Diss. Rostock 1903.
91. **v. Mayr,** Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürg. Rechts, Leipzig 1903.
92. **Meyer,** Wandelbarkeit der Versteigerungsbedindungen nach § 59 ZVG., BayNotZ. 1904 S. 50.

93. **Mitteis,** Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Leipzig 1908.
94. **Mitteis,** Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Iherings J. 1889 Bd. 28 S. 85.
95. Motive zu dem Entwurf eines BGB. f. d. D. R.
96. Motive zum Entwurf einer Konkursordnung.
97. **Mugdan,** Gesammelte Materialien zum BGB.
98. **Mühlenbruch,** Doctrina Pandectarum, ed. quarta, Halle 1839.
99. **Natter,** Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Diss. Tübingen 1907.
100. **Neukamp,** Die Gewerbeordnung f. d. D. R. 8. Aufl. Tübingen 1910.
101. **Neumann,** Handausgabe des BGB. 5. Aufl., Berlin 1909.
102. **Neumann,** Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW. 1902 S. 456.
103. **Oberneck,** Das Reichsgrundbuchrecht 4. Aufl., Berlin 1909.
104. **Oettinger,** Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB., Diss. Rostock 1904.
105. **Oertmann,** BGB. Allgem. Teil 2. Aufl., Berlin 1908.
106. **Oertmann,** Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZP. Bd. 33 S. 1ff., Berlin 1904.
107. **Oertmann,** Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl., Berlin 1906.
108. **Opet-v. Blume,** Kommentar zum Familenrecht des BGB., Berlin 1902.
109. **Pernice,** M. A. Labeo, Halle 1873.
110. **Petersen-Anger,** Die Zivilprozeßordnung f. d. D. R. 4. Aufl., Lahr 1901.
111. **Petersen-Kleinfeller,** Die Konkursordnung f. d. D. R. 4. Aufl., Lahr 1900.
112. **Planck,** Bürg. Gesetzbuch nebst EG. 3. Aufl. Berlin 1903—6.
113. **v. d. Pfordten,** Kommentar zum ZVG., München 1905.
114. **Predari,** Die Grundbuchordnung, Berlin 1907.
115. **Predari,** Zur Frage der Sperre des Grundbuchs durch die Konkurseröffnung L. Z. 1907 S. 455.

116. **Priem,** Gibt es eine Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit? Diss. Erlangen 1899.

117. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB., Berlin 1897.

118. **Raape,** Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB., Berlin 1908.

119. **Rabel,** Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri, Leipzig 1909.

120. **Ramdohr,** Das Familien-Fideikommiß im Gebiete des Allgem. Landrechts, Berlin 1909.

121. **Rehbein,** Das BGB. mit Erläuterung für das Studium und die Praxis Bd. I, Berlin 1899.

122. **Rehbein-Reincke,** Allgem. Landrecht, Berlin 1882.

123. **Reinhard,** Das Zwangsversteigerungsgesetz, Leipzig 1901.

124. **Richter-Dove-Kahl,** Lehrbuch des kath. u. ev. Kirchenrechts 8. Aufl., 1886.

125. **Rosin,** Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familien-Fideikommissen und hochadeligen Hausgütern, Iherings J. 1893 Bd. 32 S. 327.

126. **Seckel,** Gestaltungsrechte des Bürg. Rechts, in der Festgabe der Berl. Jur. Ges. für Richard Koch, Berlin 1903.

127. **v. Sarwey-Bossert,** Die Konkursordnung f. d. D. R., Berlin 1901.

128. **v. Savigny,** System des heutigen Röm. Rechts, Berlin 1841.

129. **Schlossmann,** Der Vertrag, Leipzig 1876.

130. **Arthur B. Schmidt-Habicht,** Kommentar zum Familen-Recht des BGB., München 1901.

131. **Schneider,** Bemerkungen zum Versicherungsvertrags-Gesetz, L. Z. 1910 S. 56.

132. **Schöller,** Die grundbuchrechtliche Bedeutung des Konkursvermerks, DJZ. 1902 S. 165.

133. **v. Schulte,** Lehrbuch des kath. u. ev. Kirchenrechts 4. Aufl. Gießen 1886.

134. **Seligsohn,** Patentgesetz u. Gesetz betr. den Schutz von Gebr.-Must. 4. Aufl. 1909.

135. **v. Seuffert,** Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899
136. **Sohm,** Institutionen 13. Aufl., Leipzig 1908.
137. **Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8. Aufl., Berlin 1907.
138. **Staub-Hachenburg,** Kommentar zum GmbH. G. 3. Aufl., Berlin 1909.
139. **Staub-Stranz,** Kommentar zur Wechselordnung 6. Aufl., Berlin 1909.
140. **v. Staudinger,** Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch Bd. 1—5 3./4. Aufl., München 1907—9.
141. **Strohal,** Das Deutsche Erbrecht 3. Aufl., Berlin 1903.
142. **Sydow-Busch,** ZPO. u. GVG. 10. Aufl., Berlin 1905.
143. **Thiesing,** Die Eintragung des Nacherben, Recht 1903 S. 37.
144. **Turnau-Förster,** Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen 3. Aufl., Paderborn 1906.
145. **v. Vangerow,** Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl., Marburg 1875.
146. **Voss,** Ueber den Schutz des Veräußerungsverbots gegen Beseitigung der Veräußerung in Konkurs- u. Anfechtungsfällen L. Z. 1909 S. 757.
147. **v. Waechter,** Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842—51.
148. **Weinhold,** Die Veräußerung von Kirchengut nach den gegenwärtigen für die kath. Kirche in Preußen geltenden Rechten, Diss. Greifswald 1896.
149. **Wendt,** Erwerb von einem Nichtberechtigten, ArchCivPrax. Bd. 89 S. 43.
150. **v. Wilmowski-Kurlbaum,** Deutsche Reichskonkursordnung 6. Aufl., Berlin 1906.
151. **Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
152. **Wlassak,** Zur Geschichte der negotiorum gestio, Jena 1879
153. **M. Wolff,** Die Neugestaltung des Familien-Fideikommißrechts in Preußen 1904.
154. **Th. Wolff,** Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, Berlin 1909.

155. **Wurzel,** Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung gegen die . . Veräußerungsverbote, Diss. Erlangen 1901.
156. **Zitelmann,** Das Recht des BGB., Allgem. Teil, Leipzig 1900.
157. **Zitelmann,** Irrtum u. Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

158. Archiv für Bürgerliches Recht, Kohler, Ring, Oertmann ed.
159. Archiv für katholisches Kirchenrecht, Heiner ed.
160. Archiv für zivilistische Praxis, Heck, Rümelin, Wendt ed.
161. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Perl-Wreschner.
162. Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Soergel ed.
163. Deutsche Juristen-Zeitung, Laband, Hamm, Heinitz ed.
164. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
165. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
166. Entscheidungen in Angel. der F. G. G., zusammengestellt im Reichsjustizamt.
167. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Küntzel, Eccius, Predari ed.
168. Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt.
169. Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Johow-Ring ed.
170. Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Regelsberger, Ehrenberg ed.
171. Juristische Wochenschrift (Neumann ed.).
172. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs-, Versicherungsrecht, Düringer, Jäger, Könige ed.
173. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Mugdan - Falckmann ed.
174. Sächsisches Archiv für Rechtspflege, Leipzig, Lessing ed.
175. Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts in Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.

176. Zeitschrift für das Notariat etc. in Bayern, Kaisenberg, u. a. ed.
177. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.
178. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, ed. Schultzenstein-Vierhaus.
179. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeßrecht.
180. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Leipzig (Lobe ed.).

Nachtrag.

Die Abhandlung von Knoke: „Zur Lehre vom relativen Veräusserungsverbot“ (in der Königsberger Festgabe für Karl Güterbock 1910) ist während der Drucklegung dieser Schrift erschienen und konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Teil I.

Die einzelnen Erscheinungsformen relativ unwirksamer Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Grenzen der relativen Unwirksamkeit im konkreten Falle.

Die relative Unwirksamkeit wird in zunehmendem Maße von anderen sich mehr oder minder mit ihr berührenden Gebilden geschieden, seitdem das Bürgerliche Gesetzbuch die „Unwirksamkeit" als einen fest bestimmten Begriff in die Gesetzessprache eingeführt hat. Durch die Festlegung der Unwirksamkeit als technischen Begriff[1] hat das Gesetz zwar Klärung in die auf diesem Gebiete „chaotisch verwirrte Terminologie des gemeinen Rechts"[2] gebracht, geblieben sind aber die verschiedenartigen Erscheinungen mangelhafter Rechtsgeschäfte als solche. Es scheint beinahe als ob das neue bürgerliche Recht in noch reicherer Ausbildung als das frühere, Formen beschränkter Unwirksamkeit enthält; und auch die eigentümlich begrenzte Art der Unwirksamkeit, welche man als

1. Die Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch dieses Ziel völlig erreicht hat, ist im zweiten Teile der Darstellung im Zusammenhange zu erörtern.

2. Jacobi, ArchCivPrax. Bd. 86 S. 53, ebenso Eck Bd. 1 S. 124, Oettinger S. 7.

„relative“ zu bezeichnen pflegt, findet sich im geltenden Recht in mannigfachen Ausgestaltungen. Den einzelnen Erscheinungsformen relativer Unwirksamkeit nachzugehen, wie sie das Gesetz im konkreten Falle schafft, und auf Grund der gewonnenen Ergebnisse eine systematische Betrachtung des Wesens der relativen Unwirksamkeit zu geben, wird die Aufgabe dieser Darstellung sein.

§ 1.

Die relative Unwirksamkeit auf Grund relativer Veräusserungsverbote und als Folge der Gebundenheit zu Gunsten bedingter Verfügungen.

Im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs setzt die Vorschrift des § 135 der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften eine Schranke. § 135 BGB. ordnet an, daß eine Verfügung über einen Gegenstand, welche gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstößt, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, nur diesen gegenüber unwirksam ist. Während nämlich das Gesetz in § 134 Verfügungen, welche ein gesetzliches Veräußerungsverbot verletzen, für nichtig erklärt — „soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ —, schränkt es diese absolute Wirkungslosigkeit bei einem Verstoß gegen eines der in § 135 erwähnten Verbote eigenartig ein. Die Vorschrift des § 135 BGB. sagt: Eine Verfügung über einen Gegenstand, die gegen ein n u r den Schutz be-

stimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot verstößt, ist nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Objekt des Verbotes ist eine „Verfügung" im Sinne des BGB., d. h. ein Rechtsgeschäft, welches eine „unmittelbare Vermögensleistung darstellt"[1], und zwar muß sie sich beziehen auf einen „Gegenstand", welcher nach der Terminologie des Gesetzes eine körperliche Sache (§ 90) oder ein Recht sein kann. Widerspricht ein Rechtsgeschäft dieser Art einem Verbot aus § 135 BGB., so ist es „nur gegenüber" den durch das Verbot geschützten Personen unwirksam. Durch ein solches Veräußerungsverbot wird demnach eine Verfügung über den betr. Gegenstand an sich nicht gehindert, sondern das Veräußerungsverbot hat nur eine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten zur Folge, welche eine gewisse Art von Verfügungen in besonderer Weise der Wirksamkeit beraubt[2].

Die Abgrenzung der Unwirksamkeit verbotswidriger Verfügungen wird in § 135 BGB. selbst durch die Wendung gekennzeichnet „nur diesen Personen gegenüber unwirksam". Aus diesen Worten scheint zunächst hervorzugehen, daß allein die durch das Verbot geschützten Personen sich auf die Unwirksamkeit der Verfügungen berufen können, und eine weit verbreitete Auffassung[3] entnimmt gerade dieser Ver-

1. Dernburg, Bürg. Recht Bd. I S. 382.

2. Derselben Ansicht Raape S. 81.

3. Planck Bd. I S. 244, Rehbein Bd. I S. 173 und die übrigen S. 195 A. 1 Angeführten.

knüpfung der Unwirksamkeit mit der Person der durch das Verbot Gedeckten das charakteristische Merkmal der Relativität. Relativ sei die Unwirksamkeit aus § 135, weil nur die durch das Veräußerungsverbot Geschützten eine das Verbot verletzende Verfügung als unwirksam betrachten könnten.

Diese Auffassung rückt aber in allzu engem Anschluß an die Gesetzesworte „nur diesen Personen gegenüber“ ein Moment sekundärer Bedeutung in den Vordergrund. Die eingehendere Betrachtung des folgenden Rechtsfalls ermöglicht, dies klarzulegen: Der Eigentümer einer Perlennadel verkauft dieselbe. Der Käufer bewirkt zur Sicherung seines obligatorischen Rechtes aus dem Kaufvertrage auf Uebereignung und Uebergabe der Nadel (§ 433 BGB.) den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch welche dem Verkäufer eine Veräußerung der verkauften Perlennadel untersagt wird. Gleichwohl veräußert und übergibt der Verkäufer die Nadel einem Dritten. Diesem wird sie von einem Diebe X. gestohlen.

Es ist bereits dargelegt worden, daß die einstweilige Verfügung als relatives Veräußerungsverbot[4] an sich den Verkäufer nicht zu hindern vermochte, die Nadel zu veräußern. Der Eigentumsübergang an den Dritterwerber verstößt jedoch seinem vollen Umfange nach gegen das für den Käufer bestehende Veräußerungsverbot, ist also „nur diesem gegenüber unwirksam“. Nur der Käufer könne demnach, so nimmt die

4. § 136 BGB.; näher unten S. 31.

erwähnte, wohl herrschende Ansicht an, die Eigentumsübertragung als unwirksam behandeln. Wie ist aber die Rechtslage, wenn der Dritterwerber gegen den Dieb X. die rei vindicatio aus § 985 BGB. anstrengt, und X. weiß, daß die Perlennadel trotz des für den Käufer bestehenden Verbotes von dem Verkäufer an den klagenden Dritterwerber veräußert ist?

Der Dritterwerber könnte in der Tat die rei vindicatio gegen X. anstrengen, wenn die Uebereignung der Nadel nur im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer unwirksam wäre. Der durch die einstweilige Verfügung geschützte Käufer könnte aber seinerseits, wie in den nachfolgenden Darlegungen (unten S. 15 ff.) eingehend begründet werden wird, gegen den Dieb X. eine Klage auf Rückgabe der gestohlenen Perlennadel an den Verkäufer anstrengen und auf diese Weise die relative Unwirksamkeit jener entgegen der einstweiligen Verfügung vollzogenen Uebereignung der Nadel durchsetzen. Gegen X. schwebte also die Klage auf Herausgabe der Nadel sowohl vonseiten des Dritterwerbers, als auch des verbotsberechtigten Käufers. Bei dieser Rechtslage würde X. die Nadel keinem der beiden Kläger herausgeben; denn die Uebergabe der Nadel an den verbotsberechtigten Käufer könnte bei dem geringsten Verschulden dem X. eine Schadensersatzklage des vindizierenden Dritterwerbers auf Grund der §§ 989, 990 BGB.[5] zuziehen. Eine Hinterlegung der Perlen-

5. Daß § 989 BGB. auch eine Uebergabe durch den Besitzer trifft, nehmen an: Staudinger Bd. III S. 392, 401; Biermann, Sachenrecht, S. 194.

nadel aber, zu der X. gemäß § 372 BGB. schreiten könnte, würde zu erheblichen Weiterungen für den verbotsberechtigten Käufer führen. Ja, wenn es sich nicht um eine nach § 372 BGB. hinterlegbare Sache, z. B. um ein Rind handelte, hätte X. überhaupt keine Möglichkeit, ohne Gefahr die Sache an den wahren Berechtigten gelangen zu lassen. Mit Rücksicht auf diese soeben dargelegten Umstände muß dem X. die Möglichkeit gewährt werden, die Herausgabe der Perlennadel an den mit der rei vindicatio klagenden Dritterwerber zu vermeiden. Hier hilft nur eine Einwendung, durch welche X. den infolge der einstweiligen Verfügung mangelhaften Eigentumserwerb des gegen ihn vorgehenden Dritterwerbers bemängelt. Die Einwendung nimmt ihre Kraft aus dem zugunsten des Käufers bestehenden, in der einstweiligen Verfügung enthaltenen Veräußerungsverbot, indem X. die Herausgabe ablehnt unter der Begründung, daß die Uebereignung der Nadel durch den Verkäufer an den Dritterwerber dem Käufer gegenüber unwirksam sei[6]. Außer dem verbotsberechtigten Käufer kann sich demnach auch der gegenwärtige Besitzer der Nadel auf die relative Unwirksamkeit der Uebereignung berufen. Es sind also die Worte „nur dem Geschützten gegenüber unwirksam“ nicht mit der herrschenden Lehre

6. Aehnlich Reichsgericht vom 2. Mai 1903 (DJZ. 1903 S. 403): „Letzterer (der Beklagte) könne sich auf die Beschränkung freilich dann berufen, wenn Kläger von ihm den Abschluß eines Rechtsgeschäftes verlange, das dem Verbote zuwiderläuft.“

so zu verstehen, daß die gegen das Verbot verstoßende Verfügung wirksam ist „für jeden Dritten, der nicht zu denen gehört, zu deren Schutze das Verbot bestimmt ist“ (Planck a. a. O.); denn X. erhält ja gerade durch die für den verbotsberechtigten Käufer bestehende Unwirksamkeit ein Recht, gegenüber der Eigentumsklage des Dritterwerbers auf die Schwäche im Rechte des Klägers hinzuweisen. , Es ist ein eigenes Gegenvorbringen des X., durch welches dieser die Uebereignung der Nadel vom Verkäufer an den Dritten als unwirksam behandelt, es bedeutet nicht etwa die Geltendmachung eines Rechtes des geschützten Käufers, sondern ein als Reflexwirkung des dem Käufer zustehenden Rechts anzusehendes und von diesem in seinem Bestehen abhängiges Verteidigungsmittel des X.

Mit dem Satze, daß außer dem durch die einstweilige Verfügung Gedeckten noch ein anderer die relative Unwirksamkeit der Verfügung des Verkäufers geltend machen kann, sind wir zu einer Negierung jener üblichen Auffassung gelangt. Mit dieser Ablehnung ist auch bereits ein gutes Stück bei der positiven Bestimmung der Relativität der Unwirksamkeit aus § 135 BGB. gewonnen. Das Veräußerungsverbot bestand in dem soeben behandelten Rechtsfalle für den Käufer gegen den Verkäufer, und es ist zu zeigen gesucht, daß der vom Verkäufer Erwerbende, wenn er die rei vindicatio anstrengen sollte, von dem Beklagten zurückgewiesen wird. Zu untersuchen ist jetzt, ob dem Verkäufer, gegen den das Verbot sich richtete, die rei vindicatio gegen den Erwerber zusteht, dem er selbst

die Perlennadel übereignet hat. Diese Frage ist allerdings zu verneinen. „Dem Geschützten gegenüber unwirksam“ bedeutet in unserem Falle: im Verhältnis zwischen Verbotsbetroffenen und Erwerber wirksam. Für eine abweichende Auffassung ist hier keine Veranlassung ersichtlich, sodaß der Dritterwerber im Verhältnis zum Verkäufer Eigentümer ist, der verbotsberechtigte Käufer die Veräußerung an den Dritterwerber als unwirksam behandeln kann, und für einen Eigentumsanspruch des Verkäufers also kein Raum bleibt[7]. —

Zur Ergänzung muß noch hinzugefügt werden: Gesetzt den Fall, der verbotsbetroffene Verkäufer hätte nicht dem Verbot zuwider die Nadel an den Dritterwerber übereignet, sondern dieselbe befände sich zu der Zeit, als das Verbot ergeht, in dem Besitz eines anderen, des X. Dann könnte der Verbotsbetroffene gegen X. mit der rei vindicatio vorgehen[8]. In diesem Falle stände dem X. eine Einwendung gegenüber der Klage des Verbotsbetroffenen nicht zu Gebote, denn die Herausgabe der Perlennadel an den verbotsbetroffenen

---

7. Die Frage, ob es begrifflich möglich ist, daß ein Recht einer Person gegenüber wirkt, einer anderen gegenüber aber nicht, wird unten Teil II § 4 zum Gegenstand einer besonderen Besprechung gemacht. Dort wird auch in § 6 das Eingreifen der hier mit Vorbedacht nicht in Betracht gezogenen Einrede aus § 896 BGB. (exceptio rei venditae traditae) behandelt werden.

8. Ebenso Hellwig, Rechtskraft, S. 108 A. 11; Anspruch u. K. S. 213.

Eigentümer kann der Verbotsberechtigte nicht als unwirksam behandeln. Das Veräußerungsverbot hat den Verbotsbetroffenen nicht seines Eigentums beraubt, und nur Verfügungen desselben, welche gegen das zugunsten des Käufers bestehende Verbot verstoßen, braucht dieser nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Verfügung über den Besitz der Perlennadel — eine solche stellt die Rücknahme derselben durch den Verbotsbetroffenen dar — verletzt keinesfalls das Veräußerungsverbot, wenn ihm dieses nur die Veräußerung der Sache untersagt, zumal sich überhaupt Zweifel erheben können, ob die Annahme einer relativ unwirksamen Besitzübertragung begrifflich angängig ist.

Die vorstehenden Darlegungen lassen erkennen, daß außer dem verbotsberechtigten Käufer auch der Besitzer X. aus eigenem Rechte die relative Unwirksamkeit einer Verfügung des Verkäufers geltend machen kann, und zwar nur gegenüber dem Dritterwerber der betr. Sache, nicht aber gegenüber dem Verbotsbetroffenen selber; desgleichen ist zu einer Berufung auf die relative Unwirksamkeit der Verfügung der verbotsbetroffene Verkäufer in seinem Verhältnis zum Dritterwerber nicht imstande. Mit der Feststellung dieser Punkte ist die Umgrenzungslinie der durch § 135 BGB. geschaffenen Unwirksamkeit in ihrer Richtung festgelegt, ist eine abstrakte Betrachtung der Relativität der in diesem Falle vorhandenen Unwirksamkeit angebahnt.

Begrifflich sind wir zu der Erkenntnis gelangt, daß die Worte „nur diesen Personen gegenüber“ in

§ 135 BGB. nicht bedeuten sollen, daß nur der durch das Verbot Geschützte sich auf die Unwirksamkeit der Verfügungen berufen kann. Jene Gesetzesworte sind vielmehr im engen Zusammenhang mit dem übrigen Teil dieses Satzes des § 135 zu verstehen, also ist — grammatisch ausgedrückt — nicht nur auf die Worte „nur diesen Personen gegenüber" einseitig bei der Auslegung Gewicht zu legen, sondern man hat den Satz „verstößt die Verfügung . . . gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam" als einen einheitlichen Gedanken gleichmäßig zu betrachten.

Die Veräußerungsverbote der Art des § 135 BGB. vernichten, da sie anders als die Verbote aus § 134, nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, entgegengesetzte Verfügungen nur insoweit, als dies zu ihrem Zwecke erforderlich ist. Die Unwirksamkeit tritt also nur in den Grenzen ein, wie das Interesse der geschützten Personen an der Aufrechterhaltung des bisherigen Rechtszustandes reicht. Dieses „Interesse", welches das Verbot decken soll, besteht stets in einem Recht derjenigen Personen, zu deren Schutze das Verbot ergangen ist. In dem von uns erörterten Falle war es das obligatorische Recht des Käufers gegen den Verkäufer auf Uebertragung des Eigentums an einer Perlennadel. Dieses das Interesse des Geschützten verkörpernde Recht wird nur insofern besonders gewahrt, als das Gesetz ihm durch das Verbot Nachdruck verliehen hat, d. h. soweit sich Verbot und zu

schützendes Recht decken oder, — mit dem § 135 von der umgekehrten Richtung her beobachtet — „soweit die Verfügung gegen das gesetzliche Verbot verstößt". Die Unwirksamkeit von Verfügungen, welche gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot verstoßen, sind daher in dem Maße unwirksam, als das Veräußerungsverbot reicht; dieses deckt wiederum, wie wir bemerkten, in letzter Linie ein Recht des Verbotsberechtigten. Die Unwirksamkeit besteht also relativ gegenüber dem durch das Veräußerungsverbot gewahrten Recht. Weil nun ein durch das relative Veräußerungsverbot gesichertes Recht das geschützte Interesse der Träger jenes Rechts darstellt, so sind es naturgemäß an erster Stelle diese Personen, für welche die betreffende Verfügung der Wirksamkeit beraubt ist. Die Verbotsberechtigten können die relative Unwirksamkeit der Verfügung aus dem Grunde in der Tat **in Ausnahmefällen** sogar als einzige geltend machen, weil die Unwirksamkeit sich in den Grenzen des Veräußerungsverbotes bewegt und dieses nur den Schutz eines den Verbotsberechtigten zustehenden Rechtes bezweckt.

Diese subjektive Richtung der Unwirksamkeit aus § 135 BGB. bedeutet nach der Erfahrung, welche wir bei der Erörterung des Rechtsfalls oben S. 4 ff. gemacht haben, nicht das wesentliche Merkmal ihrer Begrenzung. Sondern die Relativität der Unwirksamkeit besteht zunächst in Ausdehnung der Tragweite des

durch das Veräußerungsverbot gedeckten Rechtes, und sekundäre Folgeerscheinung ist es erst, daß die durch das Veräußerungsverbot Geschützten zunächst, wenn auch regelmäßig nicht als einzige, befähigt sind, sich auf die Unwirksamkeit der Verfügungen zu berufen.

Diese Ansicht über die Relativität der Unwirksamkeit aus § 135 BGB. findet auch eine gewisse Bestätigung in der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 107) spricht ausdrücklich davon, daß Verfügungen, „durch welche gegen ein nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot verstoßen wird, gegenüber diesen Personen unwirksam sind". In dieser Fassung ist also der Schutz des Interesses der betreffenden Personen noch als wesentlich für die Bestimmung der Grenzen der Unwirksamkeit besonders zum Ausdruck gebracht, sodaß die Motive mit Recht[9] bemerken konnten: „Das Veräußerungsgeschäft geht seinen Weg, soweit es mit dem Recht des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem — also dem **Recht** des Geschützten — gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam". Der zweite Entwurf übernahm in dem fraglichen Punkte die Fassung des ersten, fügte aber vor den Worten „diesen Personen gegenüber unwirksam" das Wort „nur" ein, ohne daß sich in den Materialien eine Erklärung für diese Veränderung fände. Wie die jetzige

9. Bd. I S. 212.

Fassung auszulegen ist, wurde im Vorstehenden auseinanderzusetzen gesucht. Um das Ergebnis kurz zu wiederholen, bedeuteten die Worte „nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam“ die Schlußfolgerung aus dem Vordersatze, daß die Ausdehnung der Unwirksamkeit der des Interesses der geschützten Personen entspricht, und daher für die Träger des Interesses vor allen anderen die Unwirksamkeit besteht. Das Wort „nur“, welches also mit dem zweiten Entwurf in das Bürgerliche Gesetzbuch hineingekommen ist, besagt aber hier nicht, daß die Verbotsberechtigten **allein** sich auf die Unwirksamkeit berufen können.

Die Aufnahme des Wortes „nur“ in den zweiten Entwurf ist wohl zu dem Zwecke erfolgt, um deutlicher hervortreten zu lassen, daß, wie im § 134 dem absoluten Verbot absolute Nichtigkeit, so im § 135 dem relativen Verbot nur relative Unwirksamkeit entspricht, also um den Gegensatz in dem Wesen wie der Wirkung absoluter und relativer Veräußerungsverbote zu betonen. Die endgültige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs spricht schließlich nicht einmal mehr, wie die beiden Entwürfe, „von dem Schutz des **Interesses** bestimmter Personen“, sondern einfach von dem Zwecke des Schutzes bestimmter Personen. Die Protokolle[10] meinen: „Die (sonstigen) Abweichungen von dem Entwurf sind lediglich formeller Art“. Es ist also anzunehmen, da die Abweichung des zweiten von dem ersten Entwurf in den Materialien überhaupt nicht be-

10. Bd. I S. 124.

sprochen, die der endgültigen Fassung von dem zweiten Entwurf als nur formelle bezeichnet wird — daß nach Sinn und Inhalt § 135 BGB. von den Gesetzeskommissionen als übereinstimmend gedacht war mit § 107 des ersten Entwurfes, jener Bestimmung, welche die Motive mit Recht veranlaßt hatte, eine lediglich dem Recht des Geschützten gegenüber bestehende Unwirksamkeit anzunehmen. In dieser Hinsicht findet also das hier von einem anderen Ausgangspunkt her gewonnene Resultat in der Vorgeschichte des Gesetzes eine gewisse Stütze. Dieselbe ist zwar m. E. keineswegs allzu hoch zu bewerten. Aber der soeben kurz angegebene Gedankengang hat seinen Zweck erreicht, wenn durch ihn nachgewiesen ist, daß aus dem Wortlaut des § 135 BGB. kein überzeugendes Argument gegen die an dieser Stelle vertretene Auffassung der Bestimmung gewonnen werden darf, und durch Haften an den Worten der Auslegung des § 135 keine Schwierigkeiten bereitet werden sollten.

Die Relativität der Unwirksamkeit gegenüber dem durch das Veräußerungsverbot gewahrten Rechte bestimmter Personen, wie sie in der vorangegangenen Darstellung als Richtung der Unwirksamkeit aus § 135 festgelegt wurde, soll nun als Ausgangspunkt für weitere Erörterungen über die in diesem Falle vorliegende relative Unwirksamkeit dienen. Handelt es sich um eine Veräußerung, so kann der Geschützte eine solche unbeachtet lassen; denn das Verbot deckt sein Recht in voller Ausdehnung. Für ihn ist noch

der durch das Verbot Betroffene der Eigentümer und nicht der Erwerber.

Jetzt erhellt auch, warum in dem zu Anfang dieser Erörterung besprochenen Rechtsfall der Besitzer zwar gegenüber der Klage des Dritterwerbers, nicht aber der des Verbotsbetroffenen selbst auf die relative Unwirksamkeit aus § 135 verweisen konnte. Die Uebereignung beeinträchtigte das durch das Veräußerungsverbot gedeckte Recht des Verbotsberechtigten auf Uebertragung des Eigentums an ihn selbst — daher der Mangel des Rechts des Dritterwerbers und die Einwendung des Besitzers ihm gegenüber. Die Besitzübertragung an den Verbotsbetroffenen ist für die Verwirklichung des dem Verbotsberechtigten zustehenden Rechts eher förderlich als schädlich: Demnach kein Mangel in dessen Recht und keine Einwendung des Besitzers.

Schwierigkeiten kann die **Durchsetzung** der relativen Unwirksamkeit im Falle des § 135 bereiten.

Wenn das Verbot eine bewegliche Sache betrifft, und diese trotz desselben veräußert wird, so ist für den Verbotsberechtigten, wie schon hervorgehoben, der Verbotsbetroffene, falls er Eigentümer der Sache war, solcher geblieben. Der Verbotsberechtigte selbst ist jedoch durch das Veräußerungsverbot nicht Eigentümer der Sache geworden, kann demnach allein wegen der relativen Unwirksamkeit der Uebereignung an den Erwerber die Sache nicht kraft eigenen Rechtes an derselben zurückverlangen. Hier bietet m. E. eine

analoge Anwendung des § 888 BGB. Abs. 1 und 2 den einzigen gangbaren Weg, um die bewegliche Sache wieder in den Machtbereich des Verbotsberechtigten zurückzubringen[11]. Eine Analogie aus § 888 BGB. ist aus dem Grunde angängig, weil die Rechtslage im vorliegenden Falle auf dem Gebiete des Mobiliarrechts derjenigen entspricht, welche § 888 BGB. für das Grundbuchrecht regelt. § 888 verpflichtet den Erwerber eines eingetragenen Rechtes, dessen Rechtserwerb wegen Verstoßes gegen ein relatives Veräußerungsverbot relativ unwirksam ist, seine formelle Zustimmung zu geben, daß sein Recht, welches in Wahrheit fehlerhaft ist, im Grundbuch gelöscht und der wahre Berechtigte eingetragen werde. Diese Zustimmung des aus dem Grundbuch ersichtlichen Erwerbers ist nämlich zur Eintragung des wahren Berechtigten erforderlich, weil der Eintrag im Grundbuch dem Erwerber wenigstens nach außen hin den Anschein als Berechtigter verleiht. In seiner Funktion, das Sachenrecht offenkundig zu machen, entspricht im Mobiliarrecht der Besitz dem Grundbuch[12]. Der durch das Veräußerungsverbot Geschützte kann den Dritterwerber wegen der relativen Unwirksamkeit seines Erwerbes als Nichteigentümer behandeln, jedoch dieser wird durch seinen Besitz noch Dritten gegenüber als Eigentümer legitimiert. Daher kann der Verbots-

11. So zuerst Dernburg, Bürg. Recht, Bd. I S. 415 A. 7, und ihm folgend Raape S. 59, Rehbein S. 177, jedoch ohne genauere Begründung.

12. Vgl. M. Wolff bei Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. II S. 9.

berechtigte von ihm verlangen, daß er den Besitz und damit auch den Schein des Rechts aufgebe, und die Sache dem wahren Eigentümer zurückliefere, nämlich dem, gegen welchen das Verbot ursprünglich ergangen ist. § 888 Abs. 2 regelt im übrigen denselben Tatbestand im Immobiliarsachenrecht, auf den er hier analog im Recht der beweglichen Sachen angewandt werden soll. Nach der an dieser Stelle vertretenen Auffassung hat also der Verbotsberechtigte gegen den Dritten eine direkte Klage auf Rückgabe an den Verbotsbetroffenen. Die Rückgewährung des Besitzes wird nach § 883 ZPO. durch Wegnahme der Sache mit Hilfe des Gerichtsvollziehers vollstreckt. Eine Rückübertragung des Eigentums dagegen ist keineswegs notwendig, da die vorausgegangene Uebertragung desselben ja infolge des Verbots von dem Berechtigten nicht beachtet wird[13].

Eine zweite Ansicht[14] will die Durchsetzung der relativen Unwirksamkeit aus § 135 BGB. im Mobiliarsachenrecht durch Heranziehung des zwischen Verbotsberechtigten und -betroffenen bestehenden Kausalverhältnisses bewirken. Das Veräußerungsverbot sei in der Regel zum Schutze eines Anspruchs auf

---

13. Daß Kohler, Lehrbuch Bd. I S. 158/159, dem Verbotsberechtigten eine Klage auf Rückübertragung des Eigentums zugestehe, nimmt Raape S. 59 wohl mit Unrecht an.

14. So der Vorschlag von Planck a. a. O. S. 245, dem Oertmann, Allgemeiner Teil S. 420, Biermann, Bürg. Recht Bd. I S. 178, Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. Bd. I S. 332 sich anschließen.

Uebertragung des Eigentums oder auf Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an der Sache erlassen. Gehe nun das Recht des Verbotsberechtigten auf Eigentumsübertragung, so könne dieser wegen der relativen Unwirksamkeit der geschehenen Veräußerung die Uebertragung des Eigentums an der Sache noch seitens des Verbotsbetroffenen verlangen. Die Uebertragung müsse, wenn die Sache dem Dritten schon übergeben sei, durch Einigung und Abtretung des dem Verbotsbetroffenen gegen den Dritten zustehenden Eigentumsanspruchs (nach § 929 und 931 BGB.) erfolgen.

Diese Auffassung beruht also auf einer Zession der vindicatio des ursprünglichen Eigentümers, des durch das Verbot Getroffenen, gegen den Erwerber. Aber es ist schon in anderem Zusammenhange dargelegt worden, daß die Unwirksamkeit nur in Ausdehnung des durch das Verbot gesicherten Rechtes eintritt, und, wenn es sich um die Sicherung des obligatorischen Kaufanspruchs handelt, in das Verhältnis des Verbotsbetroffenen zum Erwerber die Unwirksamkeit nicht soweit eindringt, daß ersterer im Verhältnis zum letzteren sich über die von ihm selbst vorgenommene Veräußerung hinwegsetzen könnte. Die rei vindicatio gegen den Erwerber, die der Verbotsbetroffene nach jener Meinung abzutreten hätte, besteht demnach in vielen Fällen gar nicht[15]. Ein zweites Gegenargument

15. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus ist diese Konsequenz unvermeidlich. Gleichwohl sind es besonders die

erblickt Raape (S. 58) mit Recht darin, daß gemäß § 986 BGB. Abs. 2 der Erwerber dem Verbotsberechtigten die exceptio rei venditae et traditae entgegenzusetzen vermag, welche ihm auf Grund des Kausalgeschäftes dem die rei vindicatio abtretenden Veräußerer der Sache gegenüber zugestanden hat. Und eine petitio principii liegt m. E. vor, wenn Enneccerus[15*] auf diesen Einwand erwidert, daß die exceptio rei venditae et traditae hier entfalle, weil sie der Absicht des Gesetzes, den Verbotsberechtigten zu schützen, widersprechen würde. Es genügt der oben S. 15 ff. angedeutete Weg vollkommen, um den Verbotsberechtigten bei Veräußerung einer beweglichen Sache zu schützen, und es erscheint ein zweites Mittel nicht einmal notwendig[16].

---

in Anm. 1 S. 195 angeführten Anhänger derselben, welche die Vindikationszession heranziehen.

15*. A. a. O. Bd. I S. 332 A. 4.

16. Planck (a. a. O. Bd. I S. 245) und die übrigen Vertreter der Gegenansicht irren ferner, wenn sie meinen, nicht nur die dingliche Einigung, sondern auch die Zustimmung des Verbotsberechtigten zur Abtretung des Herausgabeanspruchs könne durch rechtskräftiges Endurteil nach § 894 ZPO. ersetzt werden. So bequem ist die Vollstreckung dann auch nicht. Es greift die Spezialbestimmung des § 897 ZPO. ein (vgl. Staudinger a. a. O. Bd. III S. 306); nach dieser gilt die Uebergabe der Sache mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als erfolgt. Vorerst müßte also der Herausgabeanspruch des Verbotsbetroffenen gegen den Erwerber wie eine Geldforderung nach § 886 ZPO. dem Berechtigten überwiesen und die Sache darauf dem Erwerber durch den Gerichtsvollzieher fortgenommen werden, § 883 ZPO.

Die Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit verbotswidriger Verfügungen über **Unbewegliche Sachen** ist durch § 888 Abs. 2 BGB. unmittelbar geregelt. Die soeben bei analoger Anwendung dieser Bestimmung gegebenen Ausführungen sind hierher zu übernehmen, sofern sie nicht besonders auf bewegliche Sachen sich bezogen. Infolge der relativen Unwirksamkeit der Auflassung behandelt der Verbotsberechtigte den verbotsbetroffenen Veräußerer noch als Eigentümer des Grundstücks und läßt sich von diesem die Auflassungserklärung erteilen. Zugleich klagt der Verbotsberechtigte gegen den Erwerber auf Erteilung der Zustimmung, daß sein durch relativ unwirksame Uebereignung erlangtes Recht im Grundbuch gelöscht[17] und er, der Verbotsberechtigte, auf die von dem Verbotsbetroffenen erteilte Auflassung hin als Eigentümer eingetragen werde. Diese Zustimmung wird auf dem Wege des § 894 ZPO. vollstreckt.

* * *

17. Das OLG. Kolmar I. Ziv.-Sen. 2. Mai 1902 (Recht 1902 S. 291, OLGRspr. Bd. V S. 143) fällt die Entscheidung, daß das Verlangen der Löschung einer Eigentumsübertragung bei eingetragenem Veräußerungsverbot zu weit gehe, es solle nur eingetragen werden, daß der Eigentumsübergang zugunsten bestimmter Personen unwirksam sei. Aber das Gesetz verleiht doch in § 888 Abs. 2 dem eingetragenen Verbotsberechtigten ausdrücklich den Löschungsanspruch. Das OLG. stellt dies in Abrede, ohne zwingende Gründe für diese von dem klaren Wortlaut der Bestimmung abweichende Auffassung zu geben.

Wir wenden uns jetzt zu der hier einheitlich zu behandelnden Frage betreffend die Tragweite der aus § 135 BGB. entspringenden relativen Unwirksamkeit, wenn es sich um die Verfügung nicht über ein absolutes, sondern über ein relatives Recht handelt, z. B. um die Verfügung über Forderungen. Besteht ein relatives Verfügungsverbot zugunsten des Käufers einer Forderung, welches die Abtretung derselben verbietet, und hat der von dem Verbot betroffene Forderungsgläubiger auch die Forderung **nicht** abgetreten, dann ist derselbe an sich befähigt, die Forderung gegen den Schuldner weiterhin geltend zu machen. Da aber eine etwaige Erfüllung an den Gläubiger die Forderung zum Erlöschen bringen, also das Verbot verletzen und deshalb relativ unwirksam sein würde, so könnte der Verbotsberechtigte, nachdem er inzwischen die Zession an sich selbst mit Hilfe seines Kaufanspruchs von dem Gläubiger erzwungen hat, von dem Drittschuldner noch einmal Zahlung fordern. Aus diesem Grunde steht dem Drittschuldner — anders als oben S. 8 dem Vindikationsbeklagten — gegenüber der Klage des verbotsbetroffenen ursprünglichen Gläubigers das Recht zu, wegen der relativen Unwirksamkeit einer Erfüllung eine solche als nicht seine volle Befreiung bewirkend abzulehnen[18].

---

18. Hellwig, Anspruch u. K. S. 213; nach der bei Dernburg a. a. O. Bd. II, 1 S. 393 über das Einrederecht bei anfechtbaren Abtretungen geäußerten Anschauung scheint derselbe auch in der hier behandelten Frage anderer Meinung zu sein.

Wenn wir als nächsten Fall annehmen, daß der Verbotsbetroffene die Abtretung der Forderung trotz des Verbotes vornimmt, so steht wegen der relativen Unwirksamkeit der mit dem Veräußerungsverbote kollidierenden Erfüllung dem debitor cessus eine Einwendung gegen den Zessionar zu, weil, ungeachtet einer Erfüllung an den Zessionar des Verbotsbetroffenen, der Verbotsberechtigte die Leistung noch einmal von dem Schuldner einzutreiben in der Lage wäre. Daß die unmittelbar vorangegangenen Aeußerungen dem Gesetze entsprachen, erhellt auch daraus, daß die soeben festgelegten Grundsätze mit denjenigen übereinstimmen, welche durch direkte Anwendung des § 404 BGB. sich ergeben. Der Drittschuldner kann sich im Falle der Forderungsabtretung derselben Einwendung gegen den Zessionar bedienen, welche ihm gegen den Zedenten zustand, nämlich der, daß ihn die Erfüllung der Forderung an den Zedenten gegenüber dem Verbotsberechtigten nicht entschulden würde. Hinzu kommt noch, daß gegenüber dem Zessionar dem debitor cessus eine weitere Einwendung zu Gebote steht, welche aus der relativen Unwirksamkeit der Forderungsabtretung als solcher hergeleitet ist.

Die relative Unwirksamkeit der Abtretung eines Forderungsrechtes setzt der Verbotsberechtigte in der Weise durch, daß er trotz der Abtretung den ursprünglichen Gläubiger noch als solchen betrachtet, und daß er eine etwaige an diesen oder den Zessionar gemachte Leistung als nicht erfolgt behandelt. Der Verbotsberechtigte ist nun aber durch das Veräußerungsverbot

nicht Gläubiger der Forderung geworden, wie wir dies entsprechend bezüglich des Eigentums an einer beweglichen Sache beobachtet haben. Er kann daher nur auf Grund des dem Veräußerungsverbot zugrunde liegenden Kausalverhältnisses zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger von diesem die Abtretung der Forderung verlangen[19], und zwar sowohl dann, wenn sie entgegen dem Verbot einem Dritten bereits übertragen war, als auch wenn der debitor an Zedent oder Zessionar bereits die Erfüllung geleistet hat.

Wegen dieser letzten Angaben über den Einfluß der relativen Unwirksamkeit aus § 135 BGB. bei der Forderungsabtretung darf man nicht die vorangegangene Darstellung der Inkonsequenz zeihen. Es erscheint nämlich auf den ersten Blick die relative Unwirksamkeit aus § 135, wenn es sich um Forderungen handelt, um ein beträchtliches ausgedehnt zu sein. Falls der Drittschuldner an den Verbotsbetroffenen leistet, so müßte durch diese Erfüllung die Forderung erlöschen. Gleichwohl ist soeben behauptet worden, daß die relative Unwirksamkeit aus § 135 so weit geht, daß der Verbotsberechtigte die Erfüllung als unwirksam, die Forderung selbst als nicht erloschen betrachten und von dem Verbotsbetroffenen ihre Abtretung verlangen kann. Dieser ungewöhnlich erscheinende Umfang der relativen Unwirksamkeit rechtfertigt sich jedoch aus der Natur des von der Un-

---

19. Also nicht von dem Zessionar, ebenso Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 176, Staudinger Bd. I S. 439.

wirksamkeit betroffenen Objekts. Zweck der Vorschrift des § 135 ist es, dem Verbotsberechtigten das Recht, zu dessen Schutze das Verbot bestimmt ist, möglichst ungeschmälert zu erhalten. Soweit es zu diesem Zwecke erforderlich ist, reicht also auch die dem Rechte gegenüber relative Unwirksamkeit. Während es nun bei körperlichen Sachen nicht notwendig war, eine Uebertragung seitens des Besitzers der Sache an den Verbotsbetroffenen unwirksam erscheinen zu lassen, da das Objekt des Verbots, das Eigentum an der Sache, auch nach der Uebergabe fortbestand, ist dies bei der Forderung anders. Wenn die Forderung vom Schuldner durch Leistung an den Gläubiger erfüllt ist, so ist sie zerstört und das Objekt der Herrschaft des Verbotsberechtigten überhaupt aus dem Rechtsleben verschwunden. Hier muß eben das Veräußerungsverbot und die von ihm erzeugte relative Unwirksamkeit, um ihrem Zwecke gerecht zu werden, weiter eingreifen, sodaß trotz Erfüllung an den Gläubiger die Forderung von dem Verbotsberechtigten noch als fortbestehend behandelt wird — eine Folgerung, deren Grund in der Verschiedenheit der Substanz der einzelnen Herrschaftsobjekte liegt[20]. Es genügt nicht, die Erfüllung für relativ unwirksam zu erklären; denn für den Verbotsbetroffenen ist mit ihr jedenfalls die Forderung erloschen. Er kann also vom

---

20. Auf diesen Gedanken deutet Hellwig, Anspruch u. K. S. 213, hin, wo er die Forderung als „verbrauchbares Recht“ bezeichnet.

Schuldner nichts mehr fordern und ist daher an sich nicht imstande, dem Verbotsberechtigten ein Recht abzutreten. Aus diesem Grunde ist die relative Unwirksamkeit in der angegebenen Weise auszudehnen. Auf sie können sich der Drittschuldner und der Verbotsberechtigte berufen, nicht etwa auch der verbotsbetroffene Gläubiger, der die Leistung empfangen hat. Indem der durch das Verbot Gedeckte so die Erfüllung der Forderung als unwirksam, und diese selbst als fortbestehend und noch abtretbar behandeln darf, erwachsen nach der Abtretung in seiner Person gegen den Schuldner mehr Rechte als in der seines Rechtsvorgängers, des Verbotsbetroffenen. Betont sei noch einmal, daß wir zu diesem Ergebnis wegen der Rechtsnatur der Forderung gelangt sind, welche ein tieferes Einschneiden des Veräußerungsverbotes erforderte, ohne daß wir uns von dem anfänglich gewonnenen Kriterium, der Relativität der Unwirksamkeit entsprechend dem durch das Veräußerungsverbot gesicherten Recht, entfernt haben, daß im Gegenteil gerade dieser Maßstab uns zu der Ausdehnung der relativen Unwirksamkeit in diesem Falle geführt hat

In den bisherigen Darlegungen ist die Ansicht vertreten worden, daß die Ausdehnung der Unwirksamkeit in § 135 BGB. proportional ist der Tragweite des durch das Verbot zu deckenden Rechts des Verbotsberechtigten. Zu betonen ist die Verknüpfung des geschützten Rechtes und der sich ihm anpassenden relativen Unwirksamkeit. Auf Grund dieses engen Zusammen-

hangs der Unwirksamkeit mit einem Recht, dessen Träger der Verbotsberechtigte ist, erklärte es sich, daß letzterer in erster Linie sich auf die relative Unwirksamkeit berufen kann. Die enge Abhängigkeit zwischen relativer Unwirksamkeit und zu wahrendem Recht äußert sich auch darin, daß der Verbotsberechtigte nicht mehr imstande ist, eine entgegen dem Verbot erfolgte Verfügung als unwirksam zu behandeln, sobald sein Anspruch, der dem Verbot zugrunde lag, fortgefallen ist.

Die relative Unwirksamkeit aus § 135 haftet der betr. Verfügung von ihrer Vornahme her an. Sie entsteht ipso iure und nicht etwa erst durch die Ausübung eines Rechtes (z. B. eines Gestaltungsrechtes vgl. unten S. 152 Anm. 1) eines der Beteiligten[21].

Ein Mittel, die relative Unwirksamkeit der Verfügung zu heilen, bietet die Zustimmung des durch das Verbot Geschützten. Wenn dieser vorher seine Einwilligung oder nachträglich seine Genehmigung erteilt hat, kann er selbst die relative Unwirksamkeit der Verfügung nicht mehr geltend machen. Droht aber nicht mehr die Gefahr, daß der Verbotsberechtigte die Verfügung als mangelhaft behandeln werde, so kann auch

---

21. Im Gegensatz zu der Nichtigkeit aus § 134 ist die Unwirksamkeit aus § 135 BGB. nicht vom Richter von Amtswegen zu beachten, da ihre Berücksichtigung nicht wie die der Nichtigkeit aus § 134 im öffentlichen, sondern nur im privaten Interesse einzelner liegt; gleicher Ansicht Staudinger a. a. O. Bd. I S. 438.

kein Dritter die Unwirksamkeit mehr sich zunutze machen; denn — wie wir es gesehen — konnten Dritte eine Einwendung nur aus dem Grunde vorschützen, daß der Verbotsberechtigte gegen sie unter Berufung auf die Unwirksamkeit der Verfügung vorgehen könnte[22]. Mit dieser Befürchtung entfällt daher auch das Recht des Dritten, auf die relative Unwirksamkeit hinzuweisen[23].

Gerade diese Möglichkeit der Konvaleszenz trägt dazu bei, daß ein relatives Veräußerungsverbot den Betroffenen nicht der **Fähigkeit** zu verfügen gänzlich beraubt. Und weiterhin hat die Behebbarkeit der Unwirksamkeit zusammen mit jenem Gedanken, daß ein Veräußerungsverbot der Art des § 135 BGB. nicht die Veräußerungs**möglichkeit**, sondern nur die **Verfügungsmacht** beschränkt, auf dem Gebiet des Immobiliarsachenrechts zur Folge, daß dem Verbotsbetroffenen trotz des Verbotes das Grundbuch offensteht[24]. Die

---

22. Auf diesem Umwege, welcher einer analogen Anwendung des § 185 BGB. nahekommt, gelangt der Text zu der heilenden Wirkung der Genehmigung des Verbotsberechtigten. Folgt man der Auffassung der S. 195 A. 1 angeführten Schriftsteller, daß überhaupt nur der Verbotsberechtigte sich auf die relative Unwirksamkeit berufen könne, so ergibt sich dies Resultat aus § 185 BGB. direkt. Dies sprechen aus: Crome I S. 378, Hölder S. 303.

23. Eine analoge Anwendung des § 410 BGB. mit Hilfe von § 242 BGB., wie sie Hellwig, Anspruch u. K. S. 216 A. 17, für erforderlich hält, ist neben der im Text vorgenommenen Argumentation vielleicht entbehrlich.

24. So auch E. Fuchs, Grundbuchrecht I S. 164.

Veräußerungsverbote aus § 135 sind zwar im Gegensatz zu denen aus § 134 BGB. nicht „buchfremd“[25]; sind sie aber in das Grundbuch eingetragen, so erweitert diese Eintragung nicht die durch das Verbot hervorgerufene Unwirksamkeit[26], macht nicht etwa dieser Vermerk die relative Unwirksamkeit späterer Verfügungen zu einer absoluten und sperrt auch nicht dem Verbotsbetroffenen das Grundbuch für weitere Verfügungen[27]. Durch die Eintragung des Veräußerungsverbots im Grundbuch werden nicht die für diesen Fall gesetzten Grenzen der Unwirksamkeit herausgerückt, sondern nur die nach § 135 BGB. bestehende Möglichkeit des Rechtserwerbs gutgläubiger Dritter beseitigt.

An dieser Stelle sei noch erwähnt, daß die Prozeßführung keine „Verfügung“ im Sinne des § 135 BGB. bedeutet, daher dem Verbotsbetroffenen völlig freisteht[28], und daß ferner der Eintritt der relativen Unwirksamkeit im Falle des Konkurses des Verbotsbetroffenen überhaupt entfällt, § 13 KO.[29].

---

25. Cosack Bd. II S. 4.

26. RG. in JW. 1903 B S. 75.

27. Als eine rein historisch interessante Parallele sei erwähnt, daß nach dem Papyrusforschungen von Rabel („Verfügungsbeschränkungen“) die ägyptische *βιβλιοθήκη τῶν ἐκτήσεων* durch Eintragung der *κατοχή*, des Anwartschaftsrechts dessen, für den ein Veräußerungsverbot bestand, nicht gesperrt wurde. Rabel S. 58 ff. und 65.

28. Ebenso Oertmann a. a. O. S. 420 A. 7, eingehender Hellwig, Rechtskraft S. 108 und 407 ff.

29. Daß in dem anderen Falle, wenn der Dritt-

Eine Darstellung der relativen Unwirksamkeit aus § 135 BGB. darf nicht ganz an dem Wesen und den Erscheinungsformen relativer Veräußerungsverbote vorübergehen, welche doch die unmittelbare Ursache der relativen Unwirksamkeit sind. Im engsten Sinne ist als Veräußerungsverbot nur dasjenige einer gänzlichen Uebertragung von Rechten anzusehen; ist doch z. B. in den §§ 445, 493 u. a. BGB. die Veräußerung selbständig neben der Belastung erwähnt, welche beide zusammen erst den Begriff der Verfügung darstellen[30]. Es ist ohne weitere Begründung ersichtlich, daß das Wort „Veräußerungsverbot" aus § 135 BGB. in einer weiteren Bedeutung angewandt werden muß; sei es, daß man annimmt, das Wort „Veräußerungsverbot" habe in § 135 BGB. einen weiteren Sinn, als sonst meistenteils das Gesetz unter „Veräußerung" versteht, sei es daß wir die Bestimmung des § 135 BGB. zu analoger Anwendung bringen. Das an erster Stelle angeführte Mittel ist als das einfachere am ehesten zu empfehlen und nunmehr zu sagen: „Veräußerungsverbot" in den §§ 134, 135 BGB. bedeutet nichts anderes als „Verfügungsverbot". Ja, es ist sogar noch weitergehend zu behaupten, daß ein solches Verfügungsverbot nicht nur als allgemeines, sondern auch als spezialisiertes bestehen kann, wie aus der

---

erwerber in Konkurs fällt, dem Verbotsberechtigten ein Aussonderungs- und nicht ein Absonderungsrecht zusteht, führt Voss (LZ. 1909 S. 757) gegen Raape S. 69 folgerichtig aus.

30. Staudinger, Bd. I S. 338, Dernburg Bd. I S. 384.

späteren Betrachtung über die Wirkung einstweiliger Verfügungen sich ergeben wird.

Die relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. tritt stets ein, wenn die Verfügung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, welches „nur den Schutz **bestimmter** Personen bezweckt.“ Dieser Satz ist nicht so zu verstehen, daß die Geschützten stets eine geschlossene Personenzahl bilden müssen[31]. Es handelt sich allein um die jeweiligen Träger des zu sichernden Rechtes.

Ein allgemeines Kriterium für die Unterscheidung der Veräußerungsverbote, welche die absolute Wirkung des § 134, oder die relative des § 135 BGB. hervorbringen, liegt darin, ob die Verbote im öffentlichen Interesse oder in dem bestimmter Personen bezw. bald mehr, bald weniger geschlossener Personenkreise zur Deckung von Rechten derselben erlassen sind. Die Auslegung des Verbotsgesetzes nach diesem Gesichtspunkt ist also ausschlaggebend, wenn eine besondere gesetzliche Regelung über die Folgen einer Ueberschreitung des Verbots im Einzelfalle nicht getroffen ist[32].

Es sollen jetzt nur diejenigen Veräußerungsverbote kurz besprochen werden, bei denen eine eingehende Erörterung über die Grenzen der Unwirksamkeit nicht notwendig erscheint; die übrigen, wertvolleres Material bietenden Fälle werden besonders

31. Ebenso Enneccerus Bd. I S. 330 A. 3.

32. Dieser Maßstab wird angewandt von Rehbein Bd. I S. 170, Planck Bd. I S. 244, Enneccerus Bd. I S. 330 A. 3.

im weiteren Verlauf des ersten Teiles der Darstellung behandelt. Heranzuziehen sind nicht allein gesetzliche, sondern auch von Gerichten oder anderen zuständigen Behörden erlassene (nicht aber rechtsgeschäftliche § 137 BGB.) Veräußerungsverbote, welche § 136 BGB. den gesetzlichen gleichstellt[33]. Das häufigste relative richterliche Veräußerungsverbot ist die einstweilige Verfügung des § 938 Abs. 2 ZPO.[33*] Ist durch einstweilige Verfügung dem Betroffenen die Verfügung über einen Gegenstand untersagt, so ist dies Verbot nur erlassen, um ein Recht desjenigen in seiner Verwirklichung zu schützen, zu dessen Gunsten die einstweilige Verfügung ergangen ist. Deshalb stellt ein durch einstweilige Verfügung angeordnetes Veräußerungsverbot ein relatives der Art des § 135 BGB. dar[34].

---

33. Also auch die richterlichen Veräußerungsverbote zerfallen in absolute und relative, ebenso Planck Bd. I Z. 1 zu § 135, Enneccerus I S. 331 A. 5. Raape (S. 90) macht Kipp zum Vorwurf, dieser behaupte (bei Windscheid Bd. I S. 904), daß alle richterlichen Veräußerungsverbote relative seien. Dies vermag ich aus den Ausführungen von Kipp nicht zu entnehmen, wohl aber vertreten diese zu verwerfende Anschauung ausdrücklich Düringer-Hachenburg Bd. II S. 460.

33*. Der Arrest gehört nicht hierher, da er nicht wie eine einstweilige Verfügung der Art des § 938 Abs. 2 ZPO. innerhalb der Grenzen des Veräußerungsverbotes bleibt, sondern in seiner Vollstreckung zur Entstehung eines Sicherungspfandrechts führt; vgl. §§ 930, 932 ZPO. und RGZ. Bd. VIII S. 426, sowie die ausführlichen Angaben unten Teil II § 4.

34. Uebereinstimmend Sydow-Busch A. 5 zu § 938 ZPO.

An einem Beispiel mag hier kurz erläutert werden, werden, in welcher Weise die Unwirksamkeit in ihrer Richtung und Ausdehnung sogar innerhalb der Tragweite des zu schützenden Rechts genau durch die einstweilige Verfügung bestimmt zu werden vermag.

Dem B. steht gegen A. ein Recht des Inhalts zu, daß A., solange er Eigentümer einer bestimmten Sache ist, kein beschränktes Nutzungsrecht an derselben begründen darf. Wenn X. zum Schutze dieses Rechtes eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch welche dem A. die Begründung eines beschränkten Nutzungsrechtes an der Sache für die Dauer seines Eigentums untersagt wird, und A. räumt dem C. trotzdem einen Nießbrauch ein, so ist der Rechtserwerb des C. relativ unwirksam. Ueberträgt A. darauf dem X. das Eigentum an der Sache, dann verstößt dieses Rechtsgeschäft, obwohl es eine viel weitergehende Verfügung über die Sache enthält, nicht gegen das Verbot. X. kann von C., der ebenfalls sein Recht von A. herleitet, die Herausgabe der Sache verlangen. Desgleichen wird beim Bestehen einer einstweiligen Verfügung, welche die Veräußerung einer Sache verbietet, nicht selten deren Verpfändung gültig sein[34*]. Die systematische Eingliederung dieser weiteren Einschränkung innerhalb

---

34*. Die genaue Abgrenzung der Unwirksamkeit durch die Fassung der einstweiligen Verfügung findet auch ihren Ausdruck in der häufig von den Gerichten geübten Praxis, sich bei Erlaß einstweiliger Verfügungen und bei deren nachträglicher Auslegung streng bis zur Worttreue an den vom Gläubiger gestellten Antrag zu halten.

der von uns aufgestellten hauptsächlichen Grenzlinie der relativen Unwirksamkeit aus § 135 BGB., bezeichnet durch die Tragweite des durch das Verbot geschützten Rechtes, überlassen wir dem dogmatischen (zweiten) Teil der Darstellung.

Neben der einstweiligen Verfügung bietet die Zivilprozeßordnung ein weiteres Beispiel für ein relatives Veräußerungsverbot in § 829 Abs. I, 2. Bei Pfändung einer Geldforderung untersagt das Gericht zugleich mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner dem Vollstreckungsschuldner, über die Forderung zu verfügen. Ein solches Verbot beraubt trotz seiner vielfach ungenauen und darum weiter erscheinenden Fassung spätere Verfügungen des Schuldners nur insoweit der Wirksamkeit, als sie dem materiellen Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers Abbruch tun könnten. Derselben Auffassung sind Gaupp-Stein (Bd. II S. 614)[35].

Relativ unwirksam im Sinne des § 135 ist ferner eine Zahlung, welche von dem Aussteller an den Kläger eines Inhaberpapiers nach verhängter Zahlungssperre gemacht ist, sofern später das Ausschlußurteil ergeht, § 1019 Abs. 1 ZPO., in Ausdehnung des Rechtes aus dem gesperrten Papier.

Nicht zu billigen ist es, wenn Rehbein a. a. O.

---

35. Aus Gründen der Einheitlichkeit ist darum eher anzunehmen, daß, wenn der Pfändungsbeschluß dem Schuldner vor dem Drittschuldner zugestellt wird, dies relative Unwirksamkeit erzeuge; so Hellwig, Rechtskraft S. 106 A. 4, a. M. Gaupp-Stein Bd. II S. 611.

in § 836 Abs. 2 ZPO. ein relatives Veräußerungsverbot erblickt. Die Vorschrift bestimmt, daß der Ueberweisungsbeschluß, auch wenn er zu Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners der Forderung bis zu dessen Kenntnis von der Aufhebung des Beschlusses als rechtsbeständig gilt. Diese Vorschrift ruft keine relative Unwirksamkeit hervor, sondern gewährt nur einen besonderen Schutz des gutgläubigen Drittschuldners ähnlich wie § 407 BGB.

Ein besonderes Verbot, dessen Uebertretung wiederum relative Unwirksamkeit zur Folge hat, kann das Konkursgericht zu Beginn des Verfahrens behufs Sicherung der Masse erlassen, § 106 Abs. I, 2 KO.[36].

Ein Muster eines **absoluten** Veräußerungsverbotes tritt uns entgegen in § 334 Abs. 1 StPO., welcher anordnet, daß mit dem Zeitpunkt der ersten Bekanntmachung einer über das Vermögen abwesender Angeschuldigter verhängten Beschlagnahme (im Deutschen Reichsanzeiger) die angeschuldigte Person das Recht verliert über ihr in Beschlag genommenes Vermögen unter Lebenden zu verfügen. Eine Beschlagnahme mit der soeben angegebenen Wirkung wird gemäß § 332 StPO. über solche abwesenden Angeschuldigten verhängt, gegen welche die einen Haftbefehl rechtfertigenden Verdachtsgründe vorliegen. Der Zweck einer solchen Beschlagnahme ist nicht, der Staatskasse das Vermögen

---

36. So auch Wilmowski S. 339. Der relativen Unwirksamkeit im Konkursverfahren sind die eingehenden Ausführungen in §§ 8 u. 9 gewidmet.

des Flüchtigen zu sichern, sondern die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs des Staates mittels Ausübung eines wirtschaftlichen Druckes auf den Angeschuldigten zu erzielen, welcher denselben zum Erscheinen zwingen soll. Dies hebt Kipp[36*] treffend hervor. Die Vorschrift des § 334 StPO. stellt ein absolutes Veräußerungsverbot dar, und Verfügungen, welche gegen dasselbe verstoßen, sind nichtig, aber nicht relativ unwirksam[37].

Wohl aber haftet gemäß § 326 Abs. 2 StPO. denjenigen Verfügungen relative Unwirksamkeit an, welche der Angeschuldigte über sein der Beschlagnahme aus § 325 StPO. unterworfenes Vermögen getroffen hat. Denn hier ist die Beschlagnahme nur erfolgt, behufs Deckung eines unter Umständen der Staatskasse gegen den Angeschuldigten erwachsenden Anspruchs auf Leistung einer Geldstrafe oder auf Zahlung der Kosten des Verfahrens. Die dieser Beschlagnahme widerstrebenden Verfügungen sind daher nur unwirksam relativ gegenüber diesem für die Staatskasse erwachsenden Geldanspruch gegen den Angeschuldigten, nicht aber ist das Verbot im Interesse der Allgemeinheit erlassen[38].

Ein Verbot der Art des § 135 BGB. enthält schließlich auch § 90 Abs. 2 des Versicherungsaufsichts-

---

36*. a. a. O. Bd. I S. 904.

37. Ebenso RGZ. Bd. XI S. 188, Löwe-Hellwig S. 739, abweichend Düringer-Hachenburg Bd. II S. 460.

38. Ebenso Löwe-Hellweg S. 734 A. 5 zu § 326, Kipp I S. 904.

gesetzes vom 12. Mai 1901. Diese Vorschrift gibt dem Kaiserlichen Aufsichtsamt für Privatversicherung die Befugnis, für den Fall, daß es sich um im Inland abgeschlossene Versicherungen ausländischer Unternehmungen handelt, die Sicherstellung des Prämienreservefonds anzuordnen. Diese Sicherstellung soll nun so geschehen, daß nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts über den Prämienreservefonds verfügt werden kann. Jene Erschwerung der Verfügung enthält das Verbot, ohne Genehmigung des Aufsichtsamts in den angegebenen Fällen über dem Fonds angehörige Gegenstände zu verfügen, ein Verbot, welches — wie das Oberlandesgericht Hamburg I. ZivSen. vom 29. Januar 1904, OLGRspr. VIII S. 401, zu Recht annimmt — ein relatives ist; es besteht allein zugunsten der Rechte der durch den Prämienreservefonds zu schützenden Personen (der Versicherten).

Wie im Reichsrecht, so sind auch im preußischen Landesrecht Fälle relativer Unwirksamkeit festzustellen, welche durch ein relatives Veräußerungsverbot hervorgerufen ist. Hier wäre zunächst der Enteignungsbeschluß im Bergrecht anzuführen. Dieser hat nach § 54 Z. 2 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juli 1874 nicht in diesem Gesetze seine Regelung erfahren, sondern für ihn gilt noch jetzt ausschließlich das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865. Nach den §§ 142 und 144 dieses Gesetzes ist der Enteignungsbeschluß ein gemeinschaftlicher Beschluß von Oberbergamt und Regierung dar-

über, „unter welchen Bedingungen der Grundbesitzer zur Abtretung des (zum Bergbau bestimmten) Grundstücks oder der Bergwerksbesitzer zum Erwerbe des Eigentums verpflichtet ist". Durch den bergrechtlichen Enteignungsbeschluß wird also, anders als nach § 44 des Enteignungsgesetzes, erst der Uebergang des Eigentums obligatorisch vorbereitet. Außer dem Abschlusse eines Zwangskaufs[39] enthält aber der Beschluß als Sicherungsmittel zugleich das Gebot an den Enteignungsbetroffenen, keine Verfügung zu treffen, welche die Vollziehung des Zwangskaufes beeinträchtigen könnte. Dieses Verbot bezweckt nur den Schutz des aus dem Enteignungsbeschluß für den Bergwerkserwerber erwachsenen obligatorischen Rechtes, weist also das Merkmal des § 135 BGB. auf[40]. — Relative Unwirksamkeit entsteht ferner, wenn ein Dienst- oder Nutzbarkeitsberechtigter Walderzeugnisse, die er nach dem Inhalt des ihm zustehenden Rechtes lediglich für sich verwenden darf, dem ausdrücklichen Verbot aus § 42 des „Feld- und Forstpolizeigesetzes" vom 1. April 1880 zuwider an Dritte veräußert. Dort tritt die Unwirksamkeit gegenüber dem Rechte desjenigen ein, welcher durch die Ueberschreitung der Grenzen des Rechts auf die Walderzeugnisse in der Nutzung des Grundstücks beeinträchtigt wird.

---

39. Als konstitutiven Akt kann man diesen Enteignungsbeschluß des Bergrechts, abweichend von dem des Enteignungsgesetzes, nicht bezeichnen.

40. Eingehender Reichsgericht vom 30. Dez. 1905, JW. 1906 S. 107 und 108.

Nach § 5 des „Gesetzes betr. die Beförderung deutscher Ansiedlungen in den Provinzen Westpreußen und Posen“ vom 26. April 1886 (vgl. auch „Gesetz über Rentengüter“ vom 27. Juni 1890 § 3 und EGBGB. Art. 62) kann der Eigentümer des Rentengutes bei dessen Begründung durch den Begründungsvertrag in seiner Verfügung dahin beschränkt werden, daß die Zerteilung oder Veräußerung des Grundstücks bezw. von Teilen desselben der Zustimmung des Rentenberechtigten (meistens des Staates) bedarf. Diese Bestimmung ist so zu verstehen, daß der Eigentümer hier ausnahmsweise — sonst § 137 BGB. — durch den Vertrag mit **dinglicher** Wirkung in der Verfügung beschränkt werden kann[41]. Der Rentengutsvertrag enthält hier ein relatives Veräußerungsverbot, welches relative Unwirksamkeit in Beziehung auf das Recht des Rentenberechtigten erzeugt.

Zu den gesamten Erörterungen über die relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. ist zu bemerken, daß rechtsgeschäftlichen Verfügungen durch das Gesetz selbst solche im Wege der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung gleichgestellt werden, nicht aber solche durch den Konkursverwalter[42]. Die Vornahme

41. Grund hierfür ist wohl die Mischnatur des Rentengutsvertrages, der obwohl Geschäft des Privatrechts, doch zugleich dem öffentlichen Rechte in manchen Beziehungen angehört.

42. Die entgegengesetzte Ansicht von Fischer-Henle S. 81 A. 5 ist unrichtig. Der schon angeführte § 13 KO. erklärt ganz allgemein Veräußerungsverbote nach §§ 135, 136 BGB. als den

von solchen dem relativen Veräußerungsverbote widerstrebenden Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung birgt aber trotz der ihnen anhaftenden relativen Unwirksamkeit für den Verbotsberechtigten eine besondere Gefahr in sich. Wird eine Sache durch Rechtsgeschäft verpfändet, bezüglich deren ein relatives Veräußerungsverbot besteht, so ist das erlangte Pfandrecht zwar relativ unwirksam, ein gutgläubiger Ersteher erwirbt aber bei der späteren Veräußerung der Sache nach § 1244 BGB. ein auch dem Verbote gegenüber vollwirksames lastenfreies Eigentum. Das im Wege der Vollstreckung begründete Pfandrecht unterliegt im allgemeinen den Vorschriften des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts, § 804 ZPO., und die soeben herangezogene Vorschrift des § 1244 BGB. findet, wie das Reichsgericht (RGZ. 61 S. 333) betont, auf das Pfändungspfandrecht Anwendung. Die Gefahr, daß der Verbotsberechtigte auf die soeben angegebene Weise seines durch das Verbot zu wahrenden Rechtes verlustig gehe, ist bei der Entstehung eines Pfändungspfandrechts besonders groß, da der Erwerber einer im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten Sache von dem Bestehen des Veräußerungsverbotes weit seltener Kenntnis haben wird, als die durch Rechtsgeschäft von dem Verbotsbetroffenen erwerbenden Per-

---

Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Wenn aber gegen die Konkursgläubiger, mithin auch gegen den Konkursverwalter, die relativen Veräußeurngsverbote keine Wirkung ausüben, so können auch Verfügungen des Konkursverwalters nicht aus § 135 BGB. relativ unwirksam sein.

sonen. Aus diesem Grunde hat die Ordnungsvorschrift des § 772 ZPO. eine Präventivmaßregel getroffen. Diese betrifft aber nur Veräußerung und Ueberweisung, nicht auch die übrigen im Wege der Zwangsvollstreckung geschehenden Verfügungen, wie die Verpfändung. Veräußerungen und Ueberweisungen im Wege der Zwangsvollstreckung, welche als gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßend nach § 135 BGB. relativ unwirksam sein würden, sollen nicht vorgenommen werden. Ist dies gleichwohl geschehen, so sind sie gemäß § 135 relativ unwirksam[43]. Es ist also zu betonen, daß § 772 ZPO. die Wirkung des § 135 BGB. nicht etwa herabmindert, sondern die relative Unwirksamkeit der im Wege der Zwangsvollstreckung geschehenden Verfügungen unberührt läßt und, wenn es sich um Veräußerung oder Uebereignung handelt, die Wirkung des Verbots zu einer gänzlichen Verhinderung der **Vornahme** derselben, allerdings nur mittels einer Sollvorschrift, erhöht. Die entgegen der Sollvorschrift vorgenommenen Veräußerungen sind aber auch nur relativ, nicht absolut unwirksam d. h. § 772 ZPO. rückt andererseits die Grenzen der Unwirksamkeit nicht hinaus; daher beseitigt auch hier die Zustimmung des Verbotsberechtigten das der Vollstreckung entgegenstehende Hindernis[44].

Es sollen die Erörterungen über die relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. nicht geschlossen werden,

43. Hierauf weisen hin Gaupp-Stein Bd. II S. 502.
44. OLGRspr. Bd. VII S. 352.

ohne einer Rechtslage gedacht zu haben, welche das Wesen dieser Relativität der Unwirksamkeit von einer eigenartigen, das Gesamtbild ergänzenden Seite zeigt. Das am 1. Januar 1910 in Kraft getretene Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag bestimmt in § 69: „Wird die versicherte Sache von dem Versicherungsnehmer veräußert, so tritt an Stelle des Veräußerers der Erwerber in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein.“ Es findet also ein Eintritt des Erwerbers in den Versicherungsvertrag statt unter völligem Ausscheiden des Veräußerers, ohne daß dieser wie bei der Miete des BGB. (§ 571 Abs. 2) noch fernerhin verhaftet bleibt. Häufig ist nun § 65 VVG. auf folgende Rechtslage zur Anwendung zu bringen: Der Eigentümer A. hat sein Haus bei der Versicherungsgesellschaft V. versichert. Ein Gläubiger des A., der B., erwirkt wegen seines Anspruchs gegen A. eine im Grundbuch vermerkte einstweilige Verfügung dahin, daß A. das Grundstück nicht veräußern dürfe. Trotzdem läßt es A. dem E. auf. Hier ist nun die Gesellschaft V. im Zweifel: muß mir A. oder E. die Prämie zahlen? Habe ich A. oder E. etwa entstehenden Schaden zu ersetzen? Der Erwerber E. wird andererseits sich weigern die Prämie zu zahlen, indem er einwendet, B. werde wegen der relativen Unwirksamkeit jener der eingetragenen einstweiligen Verfügung widersprechenden Uebereignung die Rückgabe des Grundstücks an A. ja doch kurz über lang gegen ihn durchsetzen.

Die Bestimmung des § 69 VVG. ist nun so auszulegen, daß nur dann, wenn das versicherte Interesse[45] völlig in der Person des Veräußernden erloschen und in vollem Umfange auf den das Grundstück Erwerbenden übergegangen ist, auch Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage dem Grundstückserwerber zustehen; „wo Verkauf und Uebergabe aus Rechtsgründen unwirksam sind, liegt noch keine Veränderung (nach § 69) vor"[46]. Auch wenn der Eigentumsübergang auf E. infolge der für B. bestehenden einstweiligen Verfügung nur als relativ unwirksam sich darstellt, ist das versicherte Interesse nicht restlos an E. gelangt, und demnach letzterer noch nicht in den Versicherungsvertrag eingetreten. Das Wesen der relativen Unwirksamkeit zeigt sich hier in ganz besonderer Schärfe. In den bisher behandelten Fällen handelte es sich in der Mehrzahl um absolute Rechte, deren Erwerb infolge der ihnen anhaftenden relativen Unwirksamkeit die absolute Wirkung des Rechts zu einer nur relativen abschwächte, indem gewisse Personen die Verfügung über das Recht nicht anzuerkennen brauchten. Im vorliegenden Falle kommen aber nicht dingliche Rechte

45. Das von Schneider (LZ. 1910 S. 56) gegen die Benutzung des Interessebegriffes geäußerte Bedenken erscheint ungerechtfertigt. Das „versicherte Interesse" ist nicht eine willkürliche Schöpfung, sondern im VVG. (z. B. § 87) ein feststehender Begriff der Gesetzessprache, ebenso Hager-Behrend S. 15.

46. Kommentar zum VVG., Gerhard, Hagen u. a.; vgl. ROHG. Bd. X S. 200 ff.

in Frage[47], auch nicht eine gewöhnliche Abtretung von Forderungen, sondern Rechte und Verpflichtungen aus dem obligatorischen Versicherungsvertrage, den der frühere Eigentümer mit der Gesellschaft V. abschloß, d. h. es handelt sich um obligatorische Beziehungen, welche nur infolge der Sondernorm des § 69 VVG. gegen den jeweiligen Eigentümer der versicherten Sache sich richten, obligatio in rem scripta. Da der Erwerber, wie soeben gesagt, in das Schuldverhältnis mit der Versicherungsgesellschaft erst dann eintritt, wenn das versicherte Interesse in vollem Umfange in der Person des Erwerbers entstanden ist, so würde man hier mit der Angabe, daß auch der Uebergang der **Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage** nur ein relativ unwirksamer sei, nicht viel gewonnen haben. Vielmehr ist zu erwägen, daß der relativ unwirksame **Eigentumserwerb** des E. einen gänzlichen Uebergang des Interesses nicht zur Folge hat, und aus diesem Grunde A. alleiniger Berechtigter und Verpflichteter aus dem Versicherungsvertrage geblieben ist. Klagt die Gesellschaft V. gegen den Erwerber E. auf Zahlung der Prämie, so wird sie abgewiesen, wenn sich E. auf die relative Unwirksamkeit seines Eigentumserwerbs beruft. Ebenso wird E., wenn er gegen die Gesellschaft V. auf Ersatz des an dem Grundstück erstandenen Schadens klagt, auch dann bei Hinweis der Versicherungsgesellschaft auf die relative Unwirksamkeit des Eigentumserwerbs abgewiesen, wenn er

47. Ebenso Gerhard, Hagen a. a. O. S. 326.

in letzter Zeit die Prämie gezahlt hat. In diesem Falle berufen sich also nicht nur der Verbotsberechtigte B., sondern auch E. und V. auf die relative Unwirksamkeit der Grundstücksübereignung. Dieses aus dem Gesetz hergeleitete Ergebnis widerspricht auf das schärfste der von Planck und den anderen Anhängern der herrschenden Anschauung vertretenen Ansicht, daß die relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. nur für die durch das Verbot gedeckten Personen bestehe, und scheint mir einen neuen überzeugenden Beweis gegen die Richtigkeit jener Ansicht zu liefern; eine Konstruktion darf in ihren Konsequenzen nicht abseits vom Gesetze oder gar diesem entgegen gehen. Andererseits aber rechtfertigt die soeben geführte Auseinandersetzung unsere S. 10 aufgestellte Ansicht. Die Unwirksamkeit des Eigentumserwerbes besteht relativ gegenüber dem Recht des Verbotsberechtigten B., und die Frage, welche Personen auf die Unwirksamkeit sich berufen können, ist sekundär und abhängig von der Hauptregel, daß die relative Unwirksamkeit des § 135 nach den Grenzen des Rechts des Verbotsberechtigten sich richtet[48].

Während § 135 BGB. als Quelle relativer Unwirksamkeit anerkannt und nur die Konstruktion Gegen-

48. § 72 VVG. bietet ein Beispiel relativer Unwirksamkeit von Vereinbarungen insoweit, als von der Regel der §§ 69—71 VVG. zum Nachteil des Erwerbers abgewichen wird. Hierüber sei auf das erschöpfende Gutachten von Julius Gierke auf dem 27. Deutschen Juristentage verwiesen.

stand des Streites ist, sieht die herrschende Auffassung die durch § 161 BGB. erzeugte Unwirksamkeit für eine ganz andere Art der Unwirksamkeit an als die aus § 135 BGB. Die Unwirksamkeit aus § 161 BGB. wird fast allgemein als absolute bezeichnet[49]. Es ist aber zu behaupten, daß auch in § 161 Abs. 1 BGB. ein Fall relativer Unwirksamkeit vorliegt[50]. Die Bestimmung lautet in ihrem ersten Teile: „Hat Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Für einen Vergleich der Unwirksamkeit aus § 135 BGB. mit der aus § 161 BGB. wird es am vorteilhaftesten sein, wenn wir die im ersteren Falle bereits besprochenen Beispiele entsprechend auch hier beibehalten. Veräußert jemand eine Perlennadel unter einer aufschiebenden Bedingung, so ist er bis zum Eintritt der Bedingung Eigentümer geblieben. Pendente condicione bleibt er also an sich zu Verfügungen über die Sache berechtigt. Hier greift nun § 161 BGB. ein und bestimmt, daß spätere Verfügungen im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam sind, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung, den

49. u. a. von Raape S. 140, Biermann, Bürg. Recht S. 298; Staudinger I S. 510 erklärt sie sogar für Nichtigkeit.

50. Siehe Kipp a. a. O. Bd. I S. 432.

Eigentumserwerb des bedingt Berechtigten, vereiteln oder beeinträchtigen würden. Mit anderen Worten: mit Eintritt der Bedingung wird der Erwerber Eigentümer der Perlennadel; während der Schwebezeit der Bedingung vom Veräußerer getroffene Verfügungen vermögen diesem Eigentumserwerb keinen Abbruch zu tun. Das Recht des Erwerbers zerstört mit Eintritt der Bedingung[51] alle übrigen nach seiner Begründung während der Schwebezeit getroffenen Verfügungen, soweit es selbst reicht. Jede Verfügung, welche der Veräußerer nach derjenigen zugunsten des bedingt Berechtigten bis zum Eintritt der Bedingung vorgenommen hat, ist mit diesem Zeitpunkt unwirksam proportional der Tragweite des für den Erwerber entstandenen Vollrechts. Es sei daran erinnert, daß die Grenzen der Unwirksamkeit in § 135 BGB. in der vorangegangenen Darstellung mit derselben Wendung gekennzeichnet worden sind und dieses **Umgrenzungsprinzip** für die Unwirksamkeit aus § 135 sich als brauchbar erwiesen hat. Wenn es auch für den Fall des § 161 BGB. im ferneren Verlauf der Betrachtungen sich bewährt, so wäre damit erwiesen, daß die Grenzen der Unwirksamkeit in den §§ 135 und 161 BGB. nach denselben Grundsätzen vom Gesetze gezogen sind, daß trotz des von § 135 verschiedenen Wortlautes auch in § 161 relative Unwirksamkeit geschaffen wird.

---

51. Zunächst ist im folgenden nur von der endgültig eintretenden Unwirksamkeit die Rede, über den vor Eintritt der Bedingung bestehenden Zustand wird unten S. 51 gehandelt.

Wenn der Veräußerer pendente condicione die Nadel an einen Dritten noch einmal veräußert, so widerspricht diese Verfügung in vollem Umfange dem existente condicione für den ursprünglichen Erwerber entstehenden Eigentum. Der geschützte Erwerber kann mit Eintritt der Bedingung von dem Dritten die Sache mittels der Klage aus § 985 BGB. herausverlangen, der Veräußerer selbst hat dann jedes Recht an der Sache eingebüßt. Der Unterschied der Rechtslage, welcher damit zwischen derjenigen aus § 161 und der aus § 135 BGB. sich ergibt, rührt aber nicht von einer Verschiedenheit der Unwirksamkeit der Verfügungen in beiden Fällen her, sondern hat eine andere Ursache.

Bei Bestehen eines Veräußerungsverbotes war mit der Verbotsberechtigung der Käufer, wie S. 15 hervorgehoben, zwar berechtigt, die relative Unwirksamkeit der Verfügung geltend zu machen, war aber damit noch nicht Eigentümer der Nadel geworden. Die Rechtslage aus § 161 BGB. setzt aber voraus, daß der Erwerber mit Eintritt der Bedingung Eigentümer ist. Während wir bei Erörterung des § 135 den Fall behandelt haben, daß dem Verbotsberechtigten noch kein Recht an der Perlennadel selbst zustand, daß er vielmehr nur Träger eines obligatorischen, für die Ausdehnung der Unwirksamkeit maßgeblichen Anspruchs auf Uebereignung der Nadel war, erlangt hier der Erwerber mit Eintritt der Bedingung das Sachenrecht an der Nadel selbst. Es ist daher infolge der Verschiedenheit der den beiden Rechtsfällen zugrunde liegenden

Sachlagen zu erwarten, daß insofern sich entsprechend verschiedene Ergebnisse entwickeln[52]. Im Falle des § 161 BGB. verliert — anders als in dem des § 135 — der Veräußerer das Eigentum an der Nadel gänzlich, weil mit dem Eintritt der Bedingung der Erwerber dasselbe erhalten hat.

Allein dies alles beruht eben auf der Ungleichheit der Tatbestandsvoraussetzungen; bestehen bleibt der Satz: Die Unwirksamkeit in § 161 BGB. tritt ein in Ausdehnung der Tragweite des Rechts des unter einer Bedingung Erwerbenden ebenso wie in § 135 nach Maßgabe des Rechts des Verbotsberechtigten. Da den von uns als Beispiel gewählten Rechtsfällen einmal (§ 161) dem Berechtigten das Eigentum an der Nadel, das andere Mal (§ 135) nur ein obligatorisches Recht auf die Nadel zusteht, die Unwirksamkeit sich der Ausdehnung des dem geschützten Berechtigten zustehenden Rechtes anpaßt, so erklären sich die verschiedenen Ergebnisse als Ausflüsse eines und desselben Prinzips. Nehmen wir eine Lage an, bei welcher das relative Verbot ein dingliches Recht des Berechtigten an der Sache sichert, so stimmt die Begrenzung der Unwirksamkeit mit der im § 161 genau überein. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei bezüglich der Wirkung eines solchen, ein dingliches Recht sichernden Verbots vorweggreifend auf die Darlegungen zu § 23 ZVG. (unten § 7) hingewiesen. Daß der Wortlaut des § 135 BGB. nicht zu beweisen vermag, nur der Ver-

52. Zu vergleichen Kipp a. a. O. S. 432, Hellwig, Rechtskraft S. 110.

botsberechtigte sei befugt, die relative Unwirksamkeit geltend zu machen, sollten die Ausführungen zu § 135 beweisen. Gerade wie dort ist auch an dieser Stelle in erster Linie der bedingt Berechtigte befugt, auf die Unwirksamkeit der zugunsten des Dritten getroffenen Verfügung hinzuweisen. Aber auch außer dem Verbotsberechtigten vermochten dies im Falle des § 135 BGB. noch andere Personen zu tun unter Berufung darauf, daß die Verfügung für den Berechtigten nicht vorhanden sei. Bei dem hier erörterten Rechtsfalle über § 161 vermag sich auf die Unwirksamkeit allerdings jedermann, nicht nur ein begrenzter Kreis von Personen berufen[53]. Aber dies ändert nichts an der Tatsache, daß die Unwirksamkeit nur insoweit besteht, als sie das Recht des Erwerbers („die von der Bedingung abhängige Wirkung", sagt das Gesetz) beeinträchtigen würde. Das Recht des Erwerbers, dem gegenüber die Unwirksamkeit besteht, ist ein absolutes, sich gegen jedermann richtendes — entsprechend also auch die proportional demselben sich ausdehnende Unwirksamkeit für jedermann bestehend. Das Veräußerungsverbot aus § 135 sicherte in dem von uns erörterten Beispiel ein nur relatives Recht, das obligatorische Recht des Käufers auf Eigentumsübertragung. Darum war die ihm entsprechende Unwirksamkeit nicht von jedem geltend zu machen[54]. Gleichwohl ist in

53. Ebenso Planck I S. 280.

54. Noch einmal sei auf die in den Ausführungen über § 23 ZVG. in § 7 sich findende Ergänzung hinzuweisen gestattet. Dort vermag die gegenüber einem durch die Beschlag-

beiden Fällen die Unwirksamkeit eine relative gegenüber dem zu schützenden Recht; wie denn auch schon für den Fall des § 135 darauf hingewiesen ist, daß die Beschränkung der Zahl von Personen, welche sich auf die relative Unwirksamkeit berufen können, nur eine sekundäre Erscheinung nach der durch das maßgebende Recht gezogenen Grenze ist.

Und auch diese ist bei der Rechtslage des § 161 BGB. nicht so völlig ausgeschaltet, wie man den vorangegangenen Betrachtungen entnehmen sollte. Um den Nachweis zu führen, daß auch die relative Unwirksamkeit aus § 161 BGB. nicht gänzlich der Beziehung auf bestimmte Personen entbehrt, ist bei einem von der herrschenden Meinung gewonnenen Ergebnis einzusetzen. Wie die Vertreter derselben[55] hervorheben, wird eine nach § 161 BGB. unwirksame Verfügung dadurch ihrer Unwirksamkeit beraubt, daß der geschützte Erwerber seine Zustimmung zu der Verfügung gibt. Die Mehrzahl der Schriftsteller führt als Begründung für diese Konvaleszenz § 185 BGB. an, und die Motive[56] führen den Nachweis mittels eines argumentum a maiore ad minus aus § 185 folgerichtig durch. Sie schließen daraus, daß die Zustimmung des Berechtigten eine Verfügung des Nichtberechtigten wirksam macht, die durch § 161 erzeugte Beschränkung

---

nahme gewahrten absoluten Recht bestehende Unwirksamkeit jeder am Verfahren Beteiligte geltend zu machen.

55. Biermann I S. 298, Goldmann-Lilienthal I S. 195 A. 16, Staudinger I S. 510 u. a.

56. Bd. I S. 260.

des noch berechtigten Veräußerers werde durch die Zustimmung des unter einer Bedingung berechtigten Erwerbers geheilt. Genau wie im Falle des § 135 beseitigt also die Zustimmung des Geschützten die relative Unwirksamkeit der betr. Verfügungen. Es zeigt sich hier, daß, ebenso wie bei dem relativen Veräußerungsverbot, alle übrigen Personen sich auf die relative Unwirksamkeit von Verfügungen nur auf Grund der Tatsache berufen können, daß der Geschützte dieselben als nicht bestehend behandeln kann. Auch hier ist die Möglichkeit für die übrigen Personen, auf die relative Unwirksamkeit hinzuweisen, abhängig von dem Bestehen der gleichen Befugnis des Geschützten.

Daraus ergibt sich für das Wesen der relativen Unwirksamkeit aus § 161 BGB. eine weitere Bestätigung der Behauptung, daß die Unwirksamkeit hier relativ gegenüber dem Recht des bedingt Berechtigten ist. Denn gerade ausgehend von diesem Satze erkennt man jenes sonst willkürlich erscheinende Ergebnis als in seinem innerlichen Zusammenhang begründet. Derjenige, welcher Träger des durch die Unwirksamkeit zu deckenden Rechtes ist, vermag dadurch, daß er durch Erteilung seiner Zustimmung sich in seinem eigenen Rechte eine Beschränkung auferlegt, damit zugleich die Unwirksamkeit für jedermann entsprechend einzuengen.

Die Relativität der Unwirksamkeit wurde für den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung als dem Recht des bedingt Berechtigten gegenüber bestehend erklärt. Bisher ist aber geflissentlich jede Ausführung darüber

unterblieben, ob die in dem angegebenen Augenblick nunmehr als vorhanden zu erklärende relative Unwirksamkeit schon vordem besteht. Es handelt sich also um die Frage, ob mit dem Eintritt der Bedingung die betreffenden Verfügungen **mit Rückwirkung** von dem Zeitpunkt ihrer Vornahme an unwirksam werden, oder ob sie **von Anfang an** unwirksam sind. Diese Betrachtung führt notwendigerweise auf das Problem von der Rückwirkung der Bedingung. Dasselbe ist an dieser Stelle nur in seinen Beziehungen zu der relativen Unwirksamkeit des § 161 BGB. zu behandeln. Es steht fest, daß die betr. Verfügung jedenfalls existente condicione als von ihrer Vornahme an relativ unwirksam zu behandeln ist[57]. Folgt man nun der Anschauung, daß die Bedingung im BGB. rückwirkende Kraft habe,[58], so muß man erklären: die Verfügungen werden mit Eintritt der Bedingung relativ unwirksam mit Wirkung ex tunc; schließt man sich der Gegenmeinung an[59], so sagt man: Die Verfügungen waren

---

57. Eine dritte Auffassung dahin, daß die Verfügungen ohne rückwirkende Kraft unwirksam werden, d. h. auch bei Eintritt der Bedingung als vorher wirksam zu erachten sind, ist nicht angängig, da sie zu dem abwegigen Resultat führen würde, daß mehrere inzwischen über den Gegenstand erfolgte Verfügungen existente condicione wirksam bleiben müßten, soweit sie nicht von dem Veräußerer selbst, sondern von dessen Rechtsnachfolgern getroffen sind.

58. Für beschränkte Rückwirkung spricht sich aus Hellwig, Rückwirkung S. 13, weiter Zitelmann, Allg. Teil S. 161.

59. Vertreten durch Kipp I S. 470, Dernburg I S. 512,

von Anfang an mit bedingter relativer Unwirksamkeit behaftet. Für die Konstruktion der relativen Unwirksamkeit aus § 161 hat eine Stellungnahme zu dieser Frage nur insoweit Bedeutung, als der Umfang jener mit dem Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung vorhandenen Unwirksamkeit jeweils durch verschiedene Größen auszudrücken ist. Hiermit ist nicht gemeint, daß die Grenzen etwa abweichend sind je nach der Auffassung über die Rückwirkung der Bedingung, sondern nur, daß die konstruktionelle Festlegung der Relativität der Unwirksamkeit von verschiedenen Punkten der Grenzlinie aus zu beginnen hat. Es handelt sich um die Frage, wie die Ausdehnung der relativen Unwirksamkeit aus § 161 BGB. zu bezeichnen ist, wenn man von dem Zeitpunkt der eingetretenen Bedingung aus denjenigen der Vornahme der betroffenen Verfügung betrachtet. Für die Anhänger der Rückwirkungstheorie besteht die Unwirksamkeit der Verfügungen in dem Augenblick, zu dem sie getroffen sind, proportional der Tragweite des mit Eintritt der Bedingung für den Geschützten entstandenen Rechts unter Rückziehung bis auf den Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung. Die Gegner dieser Auffassung beginnen umgekehrt von dem zeitlich entgegengesetzten Ende. Sie erklären die Verfügung für unwirksam nach Maßgabe des Anwartschaftsrechtes[60], welches dem bedingt

---

Enneccerus I S. 469, Biermann I S. 299, Oertmann a. a. O. S. 492, Staudinger I S. 509.

60. des „gegen äußere Einflüsse geschützten Keimes“ eines Rechts, Kohler, Bürg. Recht Bd. I S. 565.

Berechtigten von der Vornahme der bedingten Verfügung an zustand. Welche der beiden Auffassungen zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben, denn jede von beiden bietet ja einen geeigneten Maßstab zur Festlegung der Grenzen der Unwirksamkeit aus § 161 BGB. Die relative Unwirksamkeit, welche **in dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung** vorhanden ist, besteht, unabhängig von jedem Streit über die rückwirkende Kraft der Bedingung, in Ausdehnung des Vollrechts des durch § 161 BGB. gesicherten Berechtigten.

Ein Unterschied gegenüber der Bestimmung des § 135 BGB. zeigt sich darin, daß § 161 BGB. nicht nur Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung den rechtsgeschäftlichen gleichstellt, sondern auch solche durch den Konkursverwalter. Dies ist zum Unterschied von § 135 in § 161 des Gesetzes selbst ausgesprochen. Die Besonderheit erklärt sich daraus, daß nach § 13 KO. zwar die relativen Veräußerungsverbote für den Fall des Konkurses den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, nicht aber die Verfügungsbeschränkung, welche nach § 161 eine bedingte Verfügung mit sich bringt. Aus diesem Grunde unterliegen Verfügungen des Konkursverwalters nicht dem relativen Veräußerungsverbot, wohl aber der Beschränkung aus § 161, wenn der Gemeinschuldner vorher unter einer Bedingung über den betr. Gegenstand verfügt hatte.

Eine besondere Beleuchtung verdient auch bei der Sachlage aus § 161 BGB. die Frage, ob die Vornahme

einer bedingten Verfügung über ein Grundstück eine Sperre des Grundbuchs für weitere Verfügungen über das Grundstück nach sich zieht. Bei Verfügungen, welche gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßen, war der Hergang der, daß der eingetragene Erwerber nach § 888 Abs. 2 BGB. von dem geschützten Käufer durch Klage angehalten wurde, seine Zustimmung zu geben, daß der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen werde; indem dieser sich von dem verbotsbetroffenen Verkäufer, den er noch als Rechtsinhaber behandelte, das Recht an dem Grundstück zugleich übertragen ließ. Erst nachdem der Erwerber die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten gegeben und der Verkäufer auf diesen das Recht übertragen hatte, konnte der verbotsberechtigte Käufer seine Eintragung in das Grundbuch erreichen. Bei der Rechtslage des § 161 BGB. ist der Erwerber mit Eintritt der Bedingung ohne weiteres Vollberechtigter geworden, er strengt gegen denjenigen, dessen Recht relativ unwirksam ist, nicht die Klage aus § 888 Abs. 2 BGB. auf Zustimmung, sondern die aus § 894 BGB. auf Berichtigung des Grundbuchs an, da dieses einen anderen als den wahren Berechtigten als solchen angibt.

Bevor wir jetzt an die eigentliche Frage nach der Ausgestaltung des formellen Grundbuchrechts herangehen, haben wir festzustellen, daß abgesehen von der bedingten Uebertragung von Eigentum (§ 925 BGB., ebenso § 1017 BGB. bezüglich der Uebertragung des Erbbaurechts) die Uebertragung und Be-

stellung bedingter Sachenrechte an Grundstücken überhaupt zulässig ist. Im heutigen Recht ist die Bestellung bedingter Immobiliarlasten im weitesten Umfange möglich. Einen der wichtigsten Fälle bildet das bedingte Immobiliarpfandrecht an eigener Sache, welches jetzt, nicht mehr wie im ALR. (Teil I Tit. 20 „Vom Rechte des Unterpfandes" § 58)[61] nur für fremde, sondern auch für eigene Schuld begründet werden kann. Gemeint ist mit diesen Worten die bedingte Hypothek, welche der Grundstückseigentümer für eigene Schuld bestellt, also nicht eine Hypothek für eine bedingte Forderung, vielmehr ein bedingtes Sachenrecht[62]. Wenn die **Bestellung** eines Immobiliarsachenrechts unter einer Bedingung angängig ist, so ist auch eine bedingte **Abtretung** zulässig, sofern das Recht überhaupt übertragbar ist[63]. Als Beispiel diene die bedingte Abtretung einer Buchhypothek (§ 1116 Abs. 2 BGB.)! Der Inhaber einer Buchhypothek tritt diese an einen anderen ab unter der aufschiebenden Bedingung, daß dieser ihm ein Darlehen von 9000 M. gewährt. Diese Abtretung erfolgt nach § 1153 Abs. 2 und § 1154 Abs. 3 in Verbindung mit § 873 BGB. durch Einigung der

---

61. Heranzuziehen ist ferner ALR. Teil I eod. tit. § 57, nicht aber § 56 (Rehbein-Reincke Bd. II S. 384 Anm. 48). Ueber § 58 handeln erläuternd Förster-Eccius Bd. III S. 496, auch ALR. Teil I Tit. 4 „Von Willenserklärungen" § 99.

62. Die Zulässigkeit der Bestellung einer Hypothek unter einer Bedingung erkennen auch an: das Reichsgericht JW. 1902B S. 222 Nr. 78, Turnau-Förster Bd. I S. 730, Fuchs, Grundbuchrecht I S. 389 Anm. 2b.

63. Vgl. Turnau-Förster I S. 111, Staudinger III S. 84.

Kontrahenten und Eintragung in das Grundbuch. In demselben wird in der dritten Abteilung vermerkt, daß die Hypothek an den Erwerber abgetreten ist unter der Bedingung, daß . . .[64]. Ist die Bedingung noch nicht eingetreten, so behält, wie bereits hervorgehoben, der Abtretende die Möglichkeit, weitere Verfügungen über die Hypothek zu treffen; nur daß dieselben sämtlich existente condicione relativ unwirksam sind. Wollte man nun aus dieser Fortdauer der Verfügungsmöglichkeit des Abtretenden ebenso wie im Falle des § 135 BGB. schließen, daß diesem für weitere Verfügungen das Grundbuch offenstände, so würde sich das Aussehen des Grundbuchs in folgender Weise gestalten: Der Erwerber ist auf Grund der Bewilligung des Zedenten als Gläubiger einer bedingten Hypothek eingetragen. Vor Eintritt der Bedingung findet der Zedent in einem Dritten einen tauglichen Darlehnsgeber und läßt, da er ja noch die Verfügungsmöglichkeit hat, den Dritten als unbedingten Gläubiger derselben Hypothek nach Einigung eintragen. Für dieselbe Hypothek würde dann der erste Erwerber als Gläubiger unter aufschiebender Bedingung, der Dritte als unbedingter Gläubiger eingetragen sein. Der als unbedingter Gläubiger eingetragene Dritte kann nun die Hypothek wiederum unter einer Bedingung auf den Namen eines Vierten und dann noch einmal unbedingt auf den eines Fünften eintragen lassen, und so fort. Bis zum Eintritt der Bedingung würde das so lautende Grundbuch der

64. Die Bedingung ist miteinzutragen, Turnau-Förster I S. 730.

materiellen Rechtslage entsprechen, also eine Berichtigung nicht möglich sein; denn nach § 161 BGB. kann der erste Erwerber die relative Unwirksamkeit des Rechtes des Dritten erst mit dem Eintritt der Bedingung geltend machen. Bis dahin weist also das Grundbuch zwei oder mehrere Berechtigte auf. Im Falle des § 135 BGB. war dies anders. Dort wurde der Verbotsberechtigte in das Grundbuch eingetragen, sobald der noch aus dem Grundbuch als Vollberechtigter ersichtliche Dritte seine Zustimmung zu der Eintragung des Berechtigten gegeben hatte, welche in sich die Bewilligung der Löschung seines eigenen Namens enthielt. Diese Zustimmung des Dritten konnte der Verbotsberechtigte sogleich nach Vornahme der Verfügung des Verkäufers an den Dritten mit der Klage aus § 888 Abs. 2 BGB. erzwingen. Wir haben jedoch bemerkt, daß die relative Unwirksamkeit aus § 161 BGB. erst existente condicione geltend gemacht werden kann, und daher dem bedingt Berechtigten auf eine gewisse Zeit hinaus kein Mittel zu Gebote steht, den als Berechtigten eingetragenen Dritten aus dem Grundbuch zu entfernen. Dieser Unterschied der Gestaltung des formellen Grundbuchrechts entspringt also nicht aus einer Verschiedenheit der relativen Unwirksamkeit in den Vorschriften der §§ 135, 161 BGB., sondern aus der Tatsache, daß die relative Unwirksamkeit aus § 161 BGB. erst zu einem späteren Zeitpunkt in die Erscheinung tritt.

Die nach den vorangegangenen Erörterungen unvermeidliche Eintragung zweier Gläubiger im Grund-

buch für einen unter Umständen langen Zeitraum würde im Falle des § 161 einen Mißstand bedeuten, zumal aus dem Grundbuch nicht zu ersehen ist, ob die Bedingung, welche für den Rechtserwerb des geschützten Erwerbers besteht, bereits eingetreten ist oder nicht. Würde das Grundbuch dem die Hypothek Abtretenden nach der bedingten Uebertragung der Hypothek an den Erwerber noch offenstehen, so könnte er sogar zunächst noch eine ungezählte Anzahl aufschiebend bedingter Abtretungen und zum Schlusse dann noch eine unbedingte zur Eintragung bringen lassen. Diese peinliche Lage wird allein dadurch vermieden, daß das Grundbuch für denjenigen, welcher über ein Recht unter einer Suspensivbedingung verfügt hat, für weitere Verfügungen über dasselbe Recht solange gesperrt wird, bis das Recht desjenigen, zu dessen Gunsten zuerst bedingt verfügt worden ist, wegen Ausfalls der Bedingung oder aus anderen Gründen im Grundbuch zur Löschung gelangt ist[65]. Diese Verschiedenheit der Lage auf dem Gebiete des formellen Grundbuchrechts in § 135 und § 161 hat aber, wie schon mehrfach betont wurde, nicht das mindeste zu tun mit der relativen Unwirksamkeit in beiden Fällen.

65. Die Frage der Grundbuchsperre wird uns bei Erörterung des § 7 KO., unten § 8, in noch schärferer Form wieder begegnen. Dort sollen besonders die formelle Befugnis des Grundbuchamts zur Verhängung der Grundbuchsperre und die Folgen des im Text angegebenen Mißstandes im einzelnen behandelt werden.

Die relative Unwirksamkeit aus § 161 BGB. trifft auch Verfügungen des unter einer Resolutivbedingung Berechtigten, soweit sie die dingliche Gebundenheit des Gegenstandes verletzen, welche zugunsten des Rechtes des nach Eintritt der auflösenden Bedingung Berechtigten besteht. Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung sind Verfügungen, die der bis dahin Berechtigte getroffen hat, gegenüber dem Recht desjenigen unwirksam, der existente condicione den Gegenstand erwirbt[66].

Nicht zutreffend ist es, in denjenigen Vorschriften Entstehungsquellen relativer Unwirksamkeit zu erblicken, welche das Fortbestehen einer an sich erloschenen Vollmacht gegenüber bestimmten Personen anordnen. § 170 BGB. bestimmt, daß die durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilte Vollmacht diesem gegenüber in Kraft bleibt, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird; entsprechend ist es nach § 172 BGB., wenn dem Dritten die Vollmachtsurkunde von dem Vertreter vorgelegt oder dem Dritten die Bevollmächtigung besonders mitgeteilt worden ist. Nach §§ 674, 729 BGB. gilt ein der Vollmacht zugrundeliegender Auftrag bezw. Gesellschaftsvertrag zugunsten des Beauftragten als fortbestehend und infolgedessen, wie sich aus der Ver-

66. Zum Vergleiche sei noch hingewiesen auf die Parömie „Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum“ und die Ausführungen von Sohm „Institutionen“ S. 244.

bindung der angeführten Vorschriften mit den §§ 168, 169 BGB. ergibt, auch die jenem erteilte Vollmacht. In allen diesen Fällen erachtet Enneccerus[67] relative Unwirksamkeit als gegeben, wie bei einem relativen Veräußerungsverbot.

Zu einer Widerlegung dieser Auffassung ist unter Bezugnahme auf die vorangegangenen Auseinandersetzungen die Anführung des wesentlichen Unterschiedes des § 135 BGB. von den hier zu behandelnden Vorschriften hinreichend. Nach § 135 BGB. ist ein Rechtsgeschäft in einer gewissen Richtung der Wirksamkeit beraubt, während im übrigen die Verfügung besteht und ihre Wirkung äußert. In den von Enneccerus angeführten Bestimmungen handelt es sich um Rechtslagen, in denen die Vollmacht erloschen ist, also nicht mehr besteht, gleichwohl aber zugunsten gewisser Personen in Kraft bleibt; und zwar tritt dies Fortbestehen nur dann ein, wenn die betreffenden Personen von dem Umstand, daß die Vollmacht erloschen war, entweder keine Kenntnis hatten, oder ihre Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte, §§ 173, 169 BGB. Die Fassung des § 169: „**soweit** . . . die erloschene Vollmacht . . . als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß", ist trügerisch. Befindet sich der Dritte in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Erlöschens der Vollmacht, so ist die Vollmacht des Vertreters nicht

---

67. Bd. I S. 479 mit 443, 444.

nur, wie man nach der im Gesetze gebrauchten Wendung vermuten könnte, für den Dritten beendigt, sondern für jedermann. Rechtsgeschäfte, welche der Vertreter nach Erlöschen der Vollmacht im Namen des Vertretenen abschließt, äußern für und gegen diesen gar keine unmittelbare Wirkung; sie sind nicht nur relativ unwirksam. Wir stehen vielmehr einem typischen Ausdruck des Prinzips vom Schutz des guten Glaubens gegenüber, welches Gutgläubige vor den Wirkungen des ihnen schuldlos nicht bekannt gewordenen gänzlichen Erlöschens der Vollmacht bewahrt, nicht aber kommt in den besprochenen Vorschriften **relative** Unwirksamkeit in Frage.

§ 2.

Die relative Unwirksamkeit von Abreden entgegen dem obligatorischen Vorkaufsrecht und von Rechtsgeschäften über Mietszinsforderungen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält im Recht der Schuldverhältnisse, § 506, ein Verbot, dessen Ueberschreitung relative Unwirksamkeit im Gefolge hat. Es ist ein Verbot zugunsten des Vorkaufsberechtigten, das eine Vereinbarung des Verkäufers mit dem dritten Käufer untersagt, „durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des

Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird". Eine gegen das Verbot verstoßende Abrede soll — genau wie in § 135 — „dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam" sein. Die Vorschrift behandelt die Rechtslage, daß jemandem ein Vorkaufsrecht bezüglich eines Gegenstandes eingeräumt ist, und späterhin der Verkäufer mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand zu schließen gedenkt. Das Vorkaufsrecht bringt mit dem Abschlusse eines Kaufvertrages zwischen dem Verkäufer und einem Dritten den gleichen Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten zur Entstehung. Da der Berechtigte demnach sein Recht auszuüben erst dann in der Lage ist, wenn ein Verkauf an einen Dritten endgültig erfolgt ist, § 504 BGB., so könnte der Verpflichtete durch eine Abrede des im § 506 gekennzeichneten Inhalts die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes vereiteln und dasselbe wertlos machen. Um das Vorkaufsrecht zu schützen, ist deshalb das Verbot ergangen. Eine Abrede des zwischen dem Verkäufer und einem Dritten geschlossenen Kaufvertrages ist unwirksam gegenüber dem durch das Verbot des § 506 BGB. gesicherten Vorkaufsrechte, d. h. dem Rechte des Vorkaufsberechtigten auf Entstehung seines Kaufrechtes.

Die Regelung durch das Gesetz ist demnach hier dieselbe, wie wir sie in § 135 erkannt haben. Das zu schützende Recht berührt nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigten. Aus diesem Grunde kann sich zwar der Vorkaufsberechtigte auf die relative Unwirksamkeit einer Abrede aus

§ 506 BGB. berufen, nicht aber der dritte Käufer[1] und auch nicht der Verkäufer selbst im Verhältnis zu dem Dritten.

In den Beziehungen von Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem kann nicht nur der erstere, sondern auch der letztere die relative Unwirksamkeit aus § 506 BGB. geltend machen. Angenommen der Verkäufer teilt dem Vorkaufsberechtigten mit (zufolge § 510 BGB.), daß er mit einem Dritten über den betreffenden Gegenstand einen Kaufvertrag geschlossen habe, und zwar mit der Abrede, daß der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht werde, § 506 BGB. Der Vorkaufsberechtigte hat jetzt die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der in § 510 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Frist zu erklären. Tut er dies nicht, dann kann der vorkaufsverpflichtete Verkäufer auf folgende Weise sich auf die relative Unwirksamkeit der Abrede berufen. Infolge der Abrede in dem Vertrage mit dem Dritten ist der Kaufvertrag allerdings nicht eher perfekt, als bis feststeht, daß der Vorkaufsberechtigte nicht mehr in der Lage ist, sein Recht auszuüben, also nach Ablauf der hierfür zulässigen Frist. Der Lauf der Ausschlußfrist für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes beginnt aber für den Vorkaufsberechtigten erst dann, wenn der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Dritten **völlig abgeschlossen** und der Abschluß ihm mitgeteilt ist (§ 510 BGB.)[2]. Sollte hierauf sich stützend der Vorkaufs-

1. Derselben Ansicht Staudinger II, 1 S. 610.
2. Auch der Abschluß eines aufschiebend bedingten Kauf-

berechtigte sein Recht deshalb nicht ausüben, weil der Kauf infolge der Abrede des angegebenen Inhalts noch nicht perfekt sei und, sollte der Vorkaufsberechtigte folgerichtig weiterschließend sein Vorkaufsrecht später einmal ausüben wollen, wenn zufällig derselbe Verkäufer denselben Gegenstand wiederum erlangt hätte und zum Verkaufe brächte — dann kann der Verkäufer erwidern, daß gemäß § 506 BGB. die Abrede in dem ersten von ihm abgeschlossenen Kaufvertrage von dem Vorkaufsberechtigten als seinem Recht gegenüber unwirksam hätte behandelt werden können. Wenn derselbe dies nicht getan habe, so sei er damit seines Vorkaufsrechts ein für allemal verlustig gegangen[3]. Auch in dem Falle des § 506 BGB. zeigt sich der Widerspruch mit der herrschenden Lehre, indem ausdrücklich hergeleitet worden ist, daß auch der Vorkaufsverpflichtete sich auf die relative Unwirksamkeit aus § 506 berufen kann, welche demnach nicht nur

---

vertrages gibt dem Vorkaufsberechtigten sein Recht, ebenso Oertmann, Schuldverhältnisse S. 432, Staudinger II, 1 S. 608; der Vorkaufsberechtigte erlangt dann nur Ansprüche nach Maßgabe der Bedingung. Er ist aber m. E. nicht zur Vermeidung des Verlustes seines Rechtes durch Ablauf der Ausschlußfrist gehalten, jetzt sein Vorkaufsrecht auszuüben und einen Kaufvertrag einzugehen, dessen endgültige Entstehung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig ist.

3. Hier ist nur von dem obligatorischen Vorkaufsrechte die Rede, bei welchem eine Ausübungsmöglichkeit für mehrere Verkaufsfälle nicht, wie bei dem dinglichen, § 1097 BGB., bedungen werden kann.

für den Vorkaufsberechtigten besteht, sondern relativ ist gegenüber dem Vorkaufsrechte. Kurz, die Unwirksamkeit aus § 506 BGB. ist dieselbe wie sie beim Vorliegen eines relativen Veräußerungsverbots der Art des § 135 besteht.

Ein Fall relativer Unwirksamkeit tritt uns wiederum in der Vorschrift des § 574 BGB. entgegen, welche bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft zwischen Mieter und Vermieter in Ansehung der Mietszinsforderung „dem Erwerber gegenüber **wirksam** ist, soweit es sich nicht auf den Mietszins für eine spätere Zeit, als das Kalendervierteljahr, in welchem der Mieter von dem Uebergange des Eigentums Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht". Dieser Norm fehlt der Nachsatz, der die für diese Darstellung wichtige Folge der Bestimmung enthält, nämlich daß Rechtsgeschäfte des im § 574 angegebenen Inhalts „dem Erwerber gegenüber **unwirksam** sind, soweit" sie sich auf eine spätere als die in § 574 für ihre Wirksamkeit festgesetzte Zeit beziehen. Damit hätten wir wieder die uns aus den §§ 135 und 506 BGB. vertraute Fassung des Gesetzes gewonnen. Die zu diesem Zwecke vorgenommene Ergänzung ist dem § 1124 BGB. entnommen, der dieselbe für das Recht des Hypothekengläubigers ausspricht. Zu dieser Hinzufügung ist man wohl berechtigt, da hierdurch nur die Schlußfolgerung aus dem Vordersatze gezogen wird,

welcher sich in § 1124 Abs. I, 1 und § 574 in entsprechender Weise findet. Daß dieselbe so lauten muß, folgt zunächst aus der völligen Uebereinstimmung des gesetzgeberischen Gedankens in den §§ 574 und 1124[4].

Noch deutlicher erhellt die Berechtigung des angegebenen Nachsatzes zu der Bestimmung des § 574 Abs. 1 aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm, welche uns in RGZ. Bd. 59 S. 184 ff. dargestellt wird. Nach § 358 ALR. I, 21 hatte bei einer Veräußerung des vermieteten Grundstücks der Erwerber etwaige Vorausverfügungen über den Mietszins unbeschränkt gegen sich gelten zu lassen; im Bürgerlichen Gesetzbuch wird diese grundsätzliche Verfügungsfreiheit durch die §§ 573, 574 beschränkt, nach denen Rechtsgeschäfte über den Mietszins nur für die dort angegebenen Fristen wirksam sein sollen genau wie in dem „auf dem gleichen Gedanken beruhenden § 1124“[5] [6]. Die in den §§ 574 und 1124 BGB. enthaltenen Einschränkungen des Vorausverfügungsrechts sind nur Ausnahmen von dem das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an das ALR. cit. beherrschenden Prinzip der Verfügungsfreiheit des Vermieters über zukünftig fällig werdende Mietszinsen[7]. Und zwar sind diese Durchbrechungen

4. Ebenso Staudinger III S. 622.

5. RG. a. a. O. S. 185.

6. Lieven (S. 26), der in der Unwirksamkeit aus § 1124 BGB. eine andere Art als in der aus § 574 erblickt, bleibt für diese Differenzierung die Erklärung schuldig.

7. Diese rechtsgeschichtlichen Erwägungen finden sich in RGZ. Bd. 59 S. 181—188 näher ausgeführt, wo auch treffend die

des Prinzips zu erklären als Schutzmaßregeln zugunsten des Rechtes des neuen Grundstückserwerbers bezw. des Hypothekengläubigers.

Der Erwerber eines Grundstücks, welches zur Miete überlassen ist, tritt gemäß § 571 BGB. als Rechtsnachfolger des Veräußerers in den von diesem mit dem Mieter geschlossenen Vertrag ein. Mit der Uebereignung des Grundstücks wird der Erwerber zugleich Vermieter, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Veräußerers aus § 571 Abs. 2 BGB. Von der Uebertragung des Grundstücks an ist der Erwerber demnach derjenige, welchem der Anspruch auf Zahlung des Mietszinses zusteht. Nun ist aber in den vorstehenden Ausführungen zu zeigen gesucht, wie das Bürgerliche Gesetzbuch von der Grundanschauung ausgeht, daß der Veräußerer grundsätzlich auf unbegrenzte Zeit über den in Zukunft fälligen Mietszins vorausverfügen könne. Dieses Prinzip würde in seiner konsequenten Durchführung das Recht des Erwerbers auf den Mietszins in höchstem Maße beeinträchtigen. Aus

---

entgegengesetzte Anschauung des Hanseatischen OLG. (8. Dez. 1903 Nr. 23 der Hans. GZ.) widerlegt wird, daß grundsätzlich alle Vorausverfügungen des früheren Mieters für absolut unwirksam erklärt und die Bestimmungen der §§ 573, 574 nur als Durchbrechung dieser Unwirksamkeit ansieht, eine Auffassung, welche die relative Unwirksamkeit hier völlig ausschaltet. Oertmann, Schuldverhältnisse S. 543, scheint ebenfalls der Ansicht des Hans. OLG. zu sein. Eine dritte Meinung vertritt Cohen, ohne sie näher zu begründen, indem er § 574 als allein zum Vorteil des Dritten gegeben ansieht, zu dessen Gunsten die Verfügung vom Vermieter getroffen ist.

diesem Grunde hat das Gesetz in § 574 eine Verfügungsbeschränkung zugunsten des Vermieterrechts des Erwerbers erlassen.

Es ergibt sich demnach als wesentlicher Inhalt des § 574 BGB.: Rechtsgeschäfte der dort behandelten Art sind, wenn sie sich auf die daselbst festgesetzte Zeit erstrecken, vollwirksam; über diese Zeit hinaus sind sie in ihrer Wirksamkeit beschränkt. Die Rechtslage ist dieselbe, wie wenn spätere Verfügungen durch ein relatives Verbot der Art des § 135 BGB. untersagt wären. Die Vorschrift des § 574 steht also weiteren Rechtsgeschäften des Vermieters über den Mietszins nicht völlig im Wege, sondern macht sie nur relativ unwirksam. Die Unwirksamkeit besteht wie im § 135 entsprechend der Tragweite des durch die Bestimmung gedeckten Vermieterrechtes des neuen Grundstückseigentümers. Das Mietrecht ist ein obligatorisches und trotz der Vorschrift des § 571 BGB. vorwiegend relatives Recht. Daher können nur der Erwerber und der Mieter die relative Unwirksamkeit geltend machen. Der Erwerber tut dies, indem er die nach § 574 BGB. unwirksame Mietszinszahlung als nicht erfolgt behandelt und den Zins von dem Mieter noch einmal fordert, der Mieter, indem er sich weigert, mit dem jeweiligen Vermieter ein nach § 574 verbotenes relativ unwirksames Geschäft einzugehen.

Es ist zu Beginn dieses Abschnittes dargelegt worden, daß die Unwirksamkeit aus § 1124 BGB. über-

einstimmt mit der aus § 574 BGB. Daß zugleich die Unwirksamkeit aus § 1124 der aus § 135 BGB. wesensgleich ist, hebt auch das Reichsgericht[8] ausdrücklich hervor. § 1124 ordnet relative Unwirksamkeit von Verfügungen über Miet- und Pachtzinsen an, § 1126 dehnt sie aus auf Verfügungen über sonstige Leistungen, welche in Erfüllung eines mit dem Eigentum verbundenen Rechts auf wiederkehrende Leistungen gemacht sind, und zwar unter der Voraussetzung, daß das Grundstück hypothekarisch belastet ist, sowie die Verfügungen sich auf den Mietszins für eine spätere Zeit als das bei Verhängung der hypothekarischen Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen. Das Schutzgebot der §§ 1124, 1126 BGB. deckt das Recht des Hypothekengläubigers, welchem auch die Mietzinsforderungen haften.

§ 3.

Der Einfluss der Vormerkung und des Fideikommissvermerks.

Es soll jetzt der Nachweis unternommen werden, daß die im Widerspruch mit einem vorgemerkten Recht geschehene Verfügung relativ unwirksam ist. Gemäß § 883 Abs. 2 BGB. ist jede Verfügung, die nach der Eintragung einer Vormerkung über das betr. Grundstücksrecht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie

8. RGZ. Bd. 64 S. 420.

den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bei Prüfung der Ausdehnung der für diesen Fall normierten Unwirksamkeit erschweren eine einheitliche Beurteilung die verschiedenartigen Konstruktionen des Begriffes der Vormerkung in Literatur und Rechtsprechung, deren erschöpfende Besprechung außerhalb des Rahmens dieser Darstellung liegt. Es soll danach gestrebt werden, das Wesen der Vormerkung nur in dem Maße zu erörtern, als dies für die Erklärung ihrer Wirkung erforderlich erscheint.

Eine Verfügung, welche einem durch eine Vormerkung gefestigten Anspruch widerstreitet, ist nach dem soeben wiedergegebenen § 883 Abs. 2 BGB. insoweit unwirksam, als sie diesen Anspruch verletzt. Die durch die Vormerkung erzeugte Unwirksamkeit besteht also relativ gegenüber dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch. Weiterhin ist zu erwägen, daß die Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB. zur Sicherung **persönlicher** Ansprüche[1] dient, welche eine Verfügung über Sachenrechte zum Gegenstande haben. Der durch die Vormerkung geschützte **Anspruch** ruft als rein persönlicher nur Rechtsbeziehungen zwischen bestimmten Personen hervor, nämlich nur zwischen solchen, die das relative Recht berührt, welchem der durch die Vormerkung gedeckte Anspruch entspricht. Daher besteht auch die gegenüber jenem persönlichen Anspruch eintretende Unwirksam-

1. Ebenso Turnau-Förster I S. 230.

keit nicht für jedermann. An erster Stelle ist der Anspruchsberechtigte befugt, die Unwirksamkeit einer gegen die Vormerkung verstoßenden Verfügung geltend zu machen. Ihm steht sogar allein das Rechtsmittel aus § 888 Abs. 1 BGB. zur Seite, sodaß mangels dieser Hilfe die Möglichkeit für andere Personen, sich auf die relative Unwirksamkeit aus § 883 Abs. 2 BGB. zu berufen, bedeutungslos erscheint[2]. Diese subjektive Begrenzung der Unwirksamkeit aus § 883 BGB. haben wir daraus abgeleitet, daß die Unwirksamkeit gegen eine Vormerkung verstoßender Verfügungen in der Ausdehnung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs besteht und dieser wiederum einem relativen Recht entspringt. Zurückzuweisen ist aber auch hier die Ansicht, welche die hauptsächliche Umgrenzung der Unwirksamkeit, diejenige gegenüber dem materiellen Anspruch, außer acht läßt und einseitig auf die Vorschrift des § 888 BGB. Gewicht legt. **Die Unwirksamkeit aus § 883 Abs. 2 BGB. ist in derselben Weise umgrenzt wie die aus § 135. Sie besteht proportional der Tragweite des durch die Vormerkung geschützten Anspruchs** und in erster Linie für den Träger des gesicherten Rechts.

2. Im Resultat stimmen mit dieser Auslegung überein: Biermann, Sachenrecht S. 64; Staudinger Bd. I S. 124, 129; Neumann, Veräußerungsverbot . . . JW. 1902 S. 456; Hellwig, Rechtskraft S. 254 A. 5; Kretzschmar, Sachenrecht S. 91. Die Auffassungen von Kipp a. a. O. I S. 432 und M. Wolff (bei Enneccerus Bd. II S. 120) sollen bei der systematischen Behandlung in Teil II besprochen werden.

Zu diesem Ergebnis sind wir allein durch Betrachtung der einschlägigen Vorschriften des BGB. gelangt; und überrascht forschen wir weiter, was denn das Gesetz für eine Absicht hatte, als es neben den Veräußerungsverboten aus § 135 noch die Vormerkung schuf, wenn beide Gebilde doch Unwirksamkeit in derselben Begrenzung schaffen.

Bei genauerem Eingehen zeigen sich hier immerhin gewisse Unterschiede zwischen der aus beiden Instituten resultierenden Unwirksamkeit.

Die Vormerkung schafft zwar noch kein dingliches Recht[3], aber sie kann doch stets zu der Schöpfung eines solchen führen und wahrt für dasselbe den Rang, § 883 Abs. 3. Eine solche positive Seite geht dem relativen Veräußerungsverbot ab. Allein diese positive Kraft der Vormerkung hat nichts mit der durch sie erzeugten relativen Unwirksamkeit widersprechender Verfügungen zu schaffen; diese stellt vielmehr die negative Seite der Vormerkung und die einzige des relativen Veräußerungsverbots dar. Aber auch auf dieser zeigen sich Abweichungen zwischen Veräußerungsverbot und Vormerkung. Während nach § 13 KO. die relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. nicht in dem Falle des Konkurses eintritt, und deshalb Verfügungen des Konkursverwalters den rechtsgeschäftlichen nicht gleichstehen, bleibt die Vormerkung im Konkurse wirksam und begründet für den Vormerkungsberechtigten ein Befriedigungsrecht, § 24 KO.;

3. RGZ. Bd. 65 S. 261.

Verfügungen des Konkursverwalters sind daher, wenn sie gegen eine Vormerkung verstoßen, relativ unwirksam. Andererseits gelten im Zwangsversteigerungsverfahren die durch Vormerkung ebenso wie die durch eingetragenes relatives Veräußerungsverbot gesicherten Gläubiger als am Verfahren „Beteiligte" nach § 9 Z. 1 ZVG.[4] Abweichend stärkt dagegen zwar das eingetragene relative Veräußerungsverbot, nicht aber die Vormerkung ein Recht so, daß es zu einem der Zwangsversteigerung entgegenstehenden wird, welches die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bewirkt[5]. Es besteht endlich der durch § 772 ZPO. der relativen Unwirksamkeit aus § 135 gewährte besondere Nachdruck nicht für die Vormerkung.

Im Konkurse, im Zwangsversteigerungsverfahren und bei der Zwangsvollstreckung weichen also die Unwirksamkeit aus den §§ 135 und 883 BGB. von einander ab[6]. Diese kleinen Verschiedenheiten vermögen aber nicht das gewonnene Resultat zu beeinflussen, daß die Unwirksamkeit aus § 135 und § 883 BGB. in ganz entsprechender Weise relativ umgrenzt ist[7].

---

4. Vgl. Jaeckel S. 44.

5. Jaeckel S. 142, 143.

6. Daß relatives Veräußerungsverbot und Vormerkung besonders in ihren Voraussetzungen verschieden sind, war hier nicht zu erörtern, sondern nur ihre Verschiedenheit auf dem Gebiete der Unwirksamkeit.

7. Die Vormerkung ist aus diesem Grunde als „qualifiziertes Veräußerungsverbot" (Kammergericht vom 26. Okt.

Es sollen nun die Grenzlinien der relativen Unwirksamkeit aus § 883 BGB. konkreter bezeichnet werden.

Besteht an dem Grundstück des A. eine Vormerkung zugunsten des B. auf Einräumung einer Hypothek für eine Forderung, welche dem B. gegen X. zusteht, so hemmt diese Vormerkung die grundbuchmäßige Verfügungsmacht des A. nicht. Denn es steht B. noch nicht ein dingliches Recht an dem Grundstück zu, und er ist noch nicht an Stelle oder neben A. als Träger eines Sachenrechts im Grundbuch eingetragen. Die Gefahr also, daß zwei Berechtigte aus dem Grundbuch ersichtlich sind, welche uns für den Fall des § 161 BGB. zu einer Grundbuchsperre gedrängt hatte, liegt hier nicht vor. Das Grundbuch steht also dem A. weiterhin offen[8]. Wenn dieser jetzt das Eigentum an dem Grundstück auf C. überträgt, so ist die Auflassung vollwirksam, da sie den durch die Vor-

---

1903 RJA. Bd. IV S. 67, siehe auch JKA. Bd. 21 S. 289 und OLG. Dresden vom 9. April 1906 OLGRspr. Bd. 14 S. 69) anzusehen. Fuchs, Grundbuchrecht, geht von einer völlig verschiedenen Auffassung vom Wesen der Vormerkung aus, deren Ergebnis (S. 111, 112 A. 7 zu § 883), jedermann könne die Unwirksamkeit aus § 883 geltend machen, aber mit § 888 Abs. 1 des Gesetzes selbst sich in Widerspruch setzt.

8. Eine Besonderheit ist bei der Löschung von eingetragenen Rechten aus buchtechnischen Gründen festzuhalten. Nähere Angaben über diese Fragen bei Güthe Bd. I S. 213, KG. in RJA. Bd. VIII S. 52, Staudinger III S. 101. M. Wolff a. a. O. S. 120 scheint auch für Löschungen dem Vormerkungsbetroffenen das Grundbuch frei halten zu wollen.

merkung gesicherten Anspruch des B. auf Bestellung seiner Hypothek nicht berührt. Anders aber ist es, falls A. dem B. eine Vormerkung für dessen Anspruch auf Auflassung des Grundstücks bestellt und dann für C. eine Hypothek hat eintragen lassen. Der Anspruch des B. ist als solcher auf Auflassung des Grundstücks in seinem damaligen rechtlichen Bestande zu verstehen. Die Auflassung des Grundstücks nach Eintragung einer Hypothek für C. würde dem B. nur ein belastetes Eigentum verschaffen. Sein vorgemerkter Anspruch richtete sich aber auf Auflassung in dem unbelasteten Zustande, in welchem es sich zur Zeit der Eintragung der Vormerkung befand. Die Hypothek beeinträchtigt daher in voller Höhe den vorgemerkten Anspruch des B. und ist gemäß § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam. B. kann kraft seines Anspruchs gegen A. die Auflassung des Grundstücks von diesem verlangen[9]. Da aber C. noch in der dritten Abteilung des Grundbuchs als Berechtigter sich findet, so wird für B. nicht eher ein lastenfreies Eigentum eingetragen, als bis er mit Hilfe der Klage aus § 888 BGB. die Zustimmung des C. zur Löschung von dessen Recht erlangt hat, nötigenfalls auf dem Wege des § 894 ZPO.[10]. Der Anspruch des B. gegen den Dritterwerber C. ist nur eine Folge

9. Siehe auch Predari, Grundbuchrecht S. 204, über die Frage, ob die dem C. eingeräumte Hypothek infolge der relativen Unwirksamkeit als Eigentümergrundschuld anzusehen ist.

10. Eingehend erörtert RGZ. Bd. 56 S. 29 diese Durchsetzung der relativen Unwirksamkeit aus § 883 Abs. 2 BGB. Ferner Staudinger III S. 144.

der Beschaffenheit des Grundbuchs, und nur der gegen A. gerichtete auf Einräumung des durch den vorgemerkten Anspruch erstrebten Liegenschaftsrechtes stellt sich als Folge der durch die Vormerkung geschaffenen relativen Unwirksamkeit dar. Die Rechtslage auf grundbuchrechtlichem Gebiete ist demnach genau dieselbe, wie wir sie bei den relativen Veräußerungsverboten des § 135 beobachtet haben.

Aus dem noch in Kraft gebliebenen Landessachenrechte ist es das Gebiet des Fideikommißrechts (EGBGB. Art. 59), auf welchem relative Unwirksamkeit anzutreffen ist.

Das deutsche Recht hat seit dem Beginn der Entwicklung des Familiengutes an einer eigenartig festen Gebundenheit der Güter zugunsten der Anwärter festgehalten. Zur Sicherung der ursprünglichen Sippengüter für die Angehörigen diente das Beispruchsrecht[11], welches eine Verfügungsbeschränkung des jeweiligen Fideikommißinhabers mit sich brachte. Zur Zeit des Sachsenspiegels war man schon bis zu einem bestimmt formulierten, den Fideikommißinhaber in seinen Verfügungen beschränkenden Veräußerungsverbot vorgedrungen. Das Verbot war zugunsten des Rechtes der Erben des Guts gegeben, eine diesem entgegenstehende Verfügung, welche der Fideikommißinhaber getroffen hat, war relativ dem Erbanwartschaftsrechte des Sukzessors gegenüber unwirksam, „der erbe underwindet

11. Brunner Bd. I S. 90.

es sich mit urteilen, als ob her tôt sî, jene der daz gab, sô ers nicht gebn mochte", Ssp. Ldr. Buch I Art 52 § 1.

Im gemeinen Recht wurde diese Gebundenheit der Fideikommißgüter aus dem deutschen Recht beibehalten, und Knipschild[12] c. 16 Nr. 264 erklärt die betreffende Verfügung „den Nachfolgern gegenüber für unverbindlich"[13]. Später wurde die relative Unwirksamkeit aber vielfach zur Nichtigkeit gesteigert[14]. Das Allgemeine Landrecht Buch II Titel 4 „Von beständigen Familienfideikommissen" ordnet in Art. 79 an, daß **jedes Familienmitglied nach Sukzessionsfall** die betr. Handlung des Fideikommißinhabers anfechten und auf Versetzung in den vorigen Stand antragen kann, wenn die Handlung ohne zustimmenden Familienschluß geschehen ist[15]. Die Eigenschaft des Gutes als Familienfideikommiß stellt eine eingetragene Verfügungsbeschränkung des jeweiligen Inhabers dar[16], welche jede gegen dieselbe verstoßende Verfügung „anfechtbar" im Sinne des angeführten Art. 79 macht. Die „Anfechtung" des Art. 79 bedeutet nun nicht die Aus-

---

12. „De fideicommissis familiarum nobilium" 1654.

13. Näheres über diese hier nur zwecks Erklärung des geltenden Rechts darzulegende Entwickelung der Verfügungsbeschränkung des Fideikommißinhabers gibt Rosin S. 431 ff. und RG. vom 5. Febr. 1891, JW. 1891 S. 184 Nr. 16.

14. RGZ. 39 S. 181.

15. Ein Ausfluß der Anschauung vom Obereigentum der Familie, welche als juristische Person behandelt wird; Gierke, Privatrecht Bd. II S. 374 und Förster-Eccius Bd. IV S. 242

16. Gierke, Privatrecht Bd. II S. 624.

übung eines Gestaltungsrechtes wie im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern die Anfechtungsklage des Fideikommißanwärters ist, so erklärt Dernburg[17] mit Recht, im Grunde nur die Eigentumsklage. Die ohne Zustimmung der Familie vorgenommene Verfügung des Fideikommißinhabers ist, falls sie zu ihrer Wirksamkeit des Familienschlusses bedurfte, unwirksam in Ausdehnung des Anwartschaftsrechtes des Fideikommißanwärters. Sobald dieses Recht des Anwärters sich zu einem Vollrecht entwickelt hat, sobald mit den Worten des Art. 75 cit. das Familienmitglied „zur Sukzession gelangt", kann dasselbe die Unwirksamkeit geltend machen. Es ist also die Rechtslage ähnlich wie sie die Anhänger der eine Rückwirkung der Bedingung ablehnenden Theorie in § 161 BGB. erblicken. Dem Wesen des Familiengutes entspricht die, darum ausdrücklich in Art. 79 ausgesprochene Sonderheit, daß hier die gegenüber dem absoluten Sukzessionsrecht der Familienmitglieder bestehende Unwirksamkeit nur von diesen geltend gemacht werden kann.

Noch heute gilt das Recht des Allgemeinen Landrechts für Familienfideikommisse, aber schon ist der im Jahre 1903 veröffentlichte „Vorläufige Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse" besonders in Bezug auf die Frage der Ausgestaltung der Unwirksamkeit von Verfügungen des Fideikommißinhabers Gegenstand zahlreicher Erörterungen geworden. Nach § 39 des Entwurfes ist eine „Verfügung des Fideikommißbesitzers über

17. Preuß. Priv. Bd. I S. 925.

einen Fideikommißgegenstand, zu der er nach den Vorschriften der §§ 28—37 nicht berechtigt ist, den Anwärtern gegenüber unwirksam". Fassung und Wesen der Bestimmung entspricht völlig dem § 135 BGB.[18]. Der Fideikommißinhaber ist Alleineigentümer des Gutes, die Fideikommißeigenschaft ist ein gesetzliches relatives Verfügungsverbot. Nur daß hier, ebenso wie im ALR., der zweite Absatz des § 39 **besonders** anordnet, daß ausschließlich die Fideikommißanwärter und der Familienrat berechtigt sind, sich auf die relative Unwirksamkeit zu berufen. Abweichend vom Allgemeinen Landrecht kann der Familienrat hier die relative Unwirksamkeit schon vor dem Sukzessionsfall geltend machen (siehe aber auch § 48 des Entwurfes). Bei der Regelung, wie sie im Entwurfe erfolgt ist, würde dem Fideikommißinhaber ebenso wie im Falle des § 135 BGB. das Grundbuch für Verfügungen über das Gut offenstehen[19].

§ 4.

Ueber die Relativität der Verfügungsbeschränkungen im ehelichen Güterrecht.

Manche Schriftsteller[1] halten die §§ 1395—1400 BGB. für relative Veräußerungsverbote im Sinne des

18. Vgl. M. Wolff, Familienfideikommißrecht S. 75 und Börner S. 498.

19. So auch M. Wolff a. a. O. S. 75. Anderer Meinung wohl Ramdohr, Das Familienfideikommiß S. 337.

1. Rehbein Bd. I S. 173; Biermann, Bürg. Recht I, 178;

§ 135 BGB., welche relative Unwirksamkeit im Gefolge haben.

Zunächst ist dies für die §§ 1395—1398 BGB. zu verneinen. § 1396 BGB., die für diese Frage am ehesten in Betracht kommende Bestimmung aus der Gruppe, ordnet an, daß die Wirksamkeit eines Verfügungsvertrages, den die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut abschließt, von der Genehmigung des Mannes abhängt. Diese Regelung im Gesetze entspricht dem Fall des § 108 BGB. betr. die schwebende Unwirksamkeit (vgl. über diese Art der Unwirksamkeit Teil II § 6) bei der Eingehung von Verträgen durch einen Minderjährigen bis zur Genehmigung durch den Vormund. Dort wie in § 1396 ist nämlich der Verfügungsvertrag **absolut** — nicht nur relativ — unwirksam, bis die Genehmigung durch den Mann bezw. Vormund erfolgt. Der Ehefrau fehlt das Verfügungsrecht bezüglich des eingebrachten Guts, und ein solcher Mangel des Verwaltungsrechts hat, sofern nicht das Gesetz selbst im Einzelfalle ein anderes bestimmt, die absolute Unwirksamkeit von Verfügungen des jenes Verfügungsrechts Beraubten zur Folge (Näheres unten S. 91). Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut sind daher **absolut** unwirksam, bis der Mann seine Genehmigung erteilt[2].

Goldmann-Lilienthal S. 175, Wendt, ArchCivPrax. 89 S. 47; ähnlich Oertmann, Allg. Teil S. 419.

2. Derselben Auffassung Reichsgericht in RGZ. 54 S. 47

Auch die Annahme, daß im § 1399 Abs. 2 BGB. ein Fall relativer Unwirksamkeit vorliegt, ist nicht zutreffend. Diese Norm bestimmt, daß Verpflichtungen der im gesetzlichen Güterstande lebenden Frau, welchen der Mann zustimmt, diesem gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam sind. Ist aber hieraus der Schluß zu ziehen, daß solche Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Ehemannes gegenüber dessen Nutznießungs- und Verwaltungsrecht relativ unwirksam sind? Dies ist abzulehnen.

Es ist das aus dem Wesen der Mannesnutzung sich ergebende Grundprinzip des gesetzlichen Güterstandes, daß selbständig von der Frau eingegangene Verpflichtungen den Mann nicht treffen. Das eingebrachte Gut ist zwar ein Teil des Frauenvermögens, aber ein der alleinigen Nutzung und Verwaltung des Mannes unterstehender. Die Frau kann deshalb wohl Bestandteile des eingebrachten Guts zum Gegenstand einer Verpflichtung machen, welche sie eingeht, jedoch ohne das eingebrachte Gut selbst zu verhaften. Obwohl die Frau aus einem Rechtsgeschäft der besprochenen Art persönlich verpflichtet wird, haftet für ihre Schuld nicht das eingebrachte Gut. Bei einer von der Frau ohne Zustimmung des Mannes eingegangenen Verbindlichkeit ist also die Haftungsbeschränkung auf das der Verwaltung des Mannes unterstehende Frauen-

---

und JW. 1903 B. S. 52; Kohler, Bürg. Recht I S. 158, Opet und v. Blume S. 167; Schmidt-Habicht S. 269; Staudinger Bd. IV S. 243; Planck Bd. IV S. 173.

vermögen in der rechtlichen Ausgestaltung des gesetzlichen Güterstandes im Bürgerlichen Gesetzbuch begründet. Es stehen für manche Schulden der Ehefrau nur bestimmte Teile ihres Vermögens ein, d. h. in dem technischen Sinne des früheren deutschen Rechts besteht für die „Schuld" der Ehefrau nur eine beschränkte „Haftung".

Dieses Prinzip führt nun § 1399 Abs. 2 BGB. folgerichtig weiter, indem für solche Verpflichtungen der Ehefrau nach erfolgter Zustimmung des Ehemannes auch das eingebrachte Gut haftbar gemacht wird. Soweit die Zustimmung nicht erfolgt ist, tritt die dargelegte Haftungsbeschränkung des eingebrachten Guts ein, aber nicht relative Unwirksamkeit. — Ein gesetzliches Veräußerungsverbot aus § 135 BGB., wie Goldmann-Lilienthal cit. annehmen, liegt hier vollends schon aus dem Grunde nicht vor, weil ein solches **Verfügungen**, also unmittelbare Rechtsveränderungen verbietet, während im § 1399 BGB. nur das Einstehen für obligatorische Verpflichtungen auf Rechtsänderung beschränkt wird.

Relative Unwirksamkeit wird auch nicht geschaffen durch die Vorschrift des § 1400 Abs. 1 BGB., derzufolge ein Prozeß, den die Frau ohne erforderliche Zustimmung des Mannes führt, diesem gegenüber in Ansehung des eingebrachten Guts unwirksam ist. Diese Norm stellt das prozessuale Seitenstück zu der soeben besprochenen des § 1399 Abs. 1 BGB. dar. So wie dort das eingebrachte Gut für Schulden der Frau nicht

haftete, schafft das in einem solchen Falle für oder gegen die Frau ergangene Urteil gegenüber dem Manne als dem Verwalter des eingebrachten Gutes keine Rechtskraft[3]. § 1400 Abs. 1 BGB. zieht also nur die Folgen der beschränkten Güterhaftung für gewisse Verpflichtungen der Frau auf dem Gebiete der materiellen Rechtskraft. Und ebensowenig wie in § 1399 ist in seiner Parallelerscheinung, dem § 1400, ein Fall relativer Unwirksamkeit[4] zu sehen.

§ 5.

Die Fälle relativer Unwirksamkeit im Erbrecht.

Wohl aber treten uns im fünften Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs wiederum Erscheinungen relativer Unwirksamkeit entgegen.

Der Fall des § 1984 BGB., daß auf Verfügungen des Erben nach Anordnung einer Nachlaßverwaltung die §§ 7 und 8 KO. (§§ 6 und 7 alter KO.) Anwendung

3. RG. in JW. 1904 S. 52.

4. Die Auffassungen von RGZ. Bd. 56 S. 74, Hellwig, Anspr. u. K. S. 326, 327, Staudinger IV S. 251, 252, Planck IV S. 177, Sydow-Busch A. 1 zu § 325 ZPO. gehen hier je nach den Ausgangspunkten auseinander. Es sei hinzugefügt, daß auch in § 1495 BGB. kein Fall relativer Unwirksamkeit gegeben ist, vielmehr dort ein einfacher Mangel im Recht vorliegt, darauf beruhend, daß der Mann nicht Alleineigentümer des Gesamtguts ist. Letztere Ansicht mißbilligt Seuffert, KProzR. S. 178; gegen ihn wenden sich aber E. Fuchs S. 164 und Jaeger A. 3 zu § 13 KO. (anders noch in der ersten Auflage des Kommentars).

finden, wird durch die Behandlung dieser Bestimmungen unten in § 8 erläutert werden.

Relative Unwirksamkeit haftet den in § 2113 Abs. 1 und 2 (§ 2115) angegebenen Verfügungen an. § 2113 BGB. erklärt, daß eine Verfügung des Vorerben über ein Erbschaftsgrundstück oder ein zur Erbschaft gehöriges Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dieselbe Unwirksamkeit trifft nach Absatz 2 der Vorschrift unentgeltliche oder zwecks Erfüllung von Schenkungsversprechen erfolgte Verfügungen des Vorerben über Erbschaftsgegenstände. In der einschlägigen Literatur herrscht nun Uneinigkeit dahin, ob die Unwirksamkeit aus § 2112 BGB. mit derjenigen aus § 135 oder der aus § 161 BGB. wesensgleich ist[1]. Eine besondere grundsätzliche Erörterung des für und wider in diesem Streite ist, obwohl mit dem zu behandelnden Gegenstand auf das engste sich berührend, an dieser Stelle nicht erforderlich. Haben wir doch in § 1 festzustellen gesucht, daß durch die §§ 135 und 161 relative Unwirksamkeit derselben rechtlichen Natur erzeugt wird! Wir wollen aber betonen, daß für die Entscheidung dieser Streitfrage über § 2113 aus dem Wortlaut der Bestimmung kein Argument

1. Für die erstere Ansicht Kammergericht in RJA. Bd. VIII S. 51; Dernburg V S. 169 A. 2; Biermann I S. 177; Rehbein S. 174; Wendt S. 45; Kretzschmar, Sachenrecht A. IV zu § 894. Für die zweite Kipp I S. 462; E. Fuchs S. 169; Neumann, BGB. II S. 536; Raape S. 148; Staudinger IV S. 410; Planck V S. 294.

hergeleitet werden darf. Das Gesetz, welches in § 2113 sagt: „Die Verfügung des Vorerben ist insoweit unwirksam, als sie **das Recht des Nacherben** vereiteln . . würde“, spricht selbst in § 2120, ohne einen Unterschied zu empfinden, von Verfügungen, „die der Vorerbe nicht mit Wirkung **gegen den Nacherben** vornehmen kann“.

Die in § 2113 BGB. bezeichneten Verfügungen sind bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam in Gemäßheit der Ausdehnung des Nacherbenrechtes. Dieses darf nicht durch Verfügungen des Vorerben verkümmert werden, und soweit die in § 2113 angegebenen Rechtsgeschäfte das Recht des Nacherben beeinträchtigen, sind sie unwirksam. Die Unwirksamkeit besteht relativ dem Nacherbenrecht. Die relative Unwirksamkeit kann von dem Nacherben erst nach Eintritt des Nacherbfalls geltend gemacht werden. Unter „Recht des Nacherben“ in § 2113 BGB. ist also dasjenige Recht zu verstehen, welches **zur Zeit des Nacherbfalls** bestehen sollte, wenn sich das Anwartschaftsrecht des Nacherben an dem zur Zeit des **Erbfalls** vorhandenen Nachlaß ohne störende Eingriffe des Vorerben ordnungsmäßig entwickelt haben würde. Hiermit haben wir den Maßstab für die Ausdehnung der Unwirksamkeit in § 2113 BGB. gewonnen. Das Nacherbenrecht in dem soeben angedeuteten Sinne ist ein absolutes Recht. Es ist daher von dem im Laufe der Erörterungen festgelegten Gesichtspunkt aus berechtigt, zu sagen, daß sich jedermann auf die gegenüber dem Nacherbenrecht bestehende Unwirksamkeit aus § 2113 BGB. berufen

kann, weil dieses Recht selbst ein absolutes, gegen jeden Dritten sich richtendes ist.

Einige der kleinen Besonderheiten, welche die relative Unwirksamkeit aus § 161 BGB. von der aus § 135 BGB. unterscheiden, finden sich auch bei der Unwirksamkeit aus § 2113. So stehen nicht nur Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung, sondern auch solche durch den Konkursverwalter den rechtsgeschäftlichen gleich, § 2115 Abs. 1 BGB. Andererseits genießt die relative Unwirksamkeit aus § 2113 in der Zwangsvollstreckung denselben Schutz wie die einem relativen Veräußerungsverbot entspringende: der zu einer Vorerbschaft gehörige Gegenstand soll durch eine nach § 2115 BGB. unwirksame Zwangsverfügung nicht veräußert oder überwiesen werden, § 773 ZPO.[2]. Gerade der Umstand, daß die relative Unwirksamkeit aus § 2113 in den Einzelheiten teils mit der aus § 161, teils mit der aus § 135 übereinstimmt, läßt deutlich erkennen, daß diese geringfügigen Abweichungen nichts mit dem Wesen der relativen Unwirksamkeit als solcher zu tun haben, sondern praktischen Erwägungen für den Einzelfall ihre Entstehung verdanken. Wir haben gesehen, daß die Unwirksamkeit aus § 2113 BGB. relativ nach Maßgabe des Rechtes des Nacherben besteht, und daß ein jeder sich auf dieselbe berufen kann. Die Zustimmung des Nacherben

2. Nähere Angaben bei Gaupp-Stein Bd. II S. 503 und KG. vom 5. Okt. 1903 in OLGRspr. Bd. VII S. 353.

heilt auch hier aus den bereits S. 50 ff. angegebenen Gründen die relative Unwirksamkeit[3].

Eine besondere Regelung hat freilich in diesem Falle die grundbuchrechtliche Lage erfahren. Die Grundbuchordnung bestimmt nämlich zur Sicherung des Anwartschaftsrechtes des Nacherben, daß bei der Eintragung des Vorerben das Recht des Nacherben mit zu vermerken ist, § 52 GBO. So ist die relative Unwirksamkeit von Verfügungen des Vorerben gegenüber dem Recht des Nacherben noch besonders gewahrt; denn der Grundbuchrichter wird zugleich mit einer Buchung der Verfügung des Vorerben die Vorlegung der Genehmigung des Nacherben oder die Eintragung des Rechtes des Nacherben als geeignetes Schutzmittel verlangen. Ist der Vorerbe als Berechtigter eingetragen[4], dann hat das Grundbuchamt einem Antrag auf Eintragung einer Verfügung des Vorerben stets nachzugeben, da durch den bei dem Recht des Vorerben sich findenden Vermerk das Recht des Nacherben genugsam geschützt wird. Eine Sperre des Grundbuchs tritt also für den Vorerben nicht ein[5]. Zu bemerken ist noch, daß auch bei dem Rechte des

---

3. Ebenso Strohal Bd. I S. 181, KG. vom 7. Nov. 1904 OLGRspr. Bd. IX S. 401.

4. Ueber die Anwendbarkeit des § 41 GBO. auf Verfügungen des Vorerben handelt Drewes, DJZ. Bd. VIII S. 198, ferner OLGRspr. Bd. V S. 239. Heranzuziehen sind außerdem OLGRspr. Bd. III S. 391, Bd. VI S. 182 und Thiesing, Recht 1909 S. 37.

5. Ebenso BayObLG. Bd. VI S. 199.

befreiten Vorerben, § 2136 BGB., das Recht des Nacherben im Grundbuch ständig zu vermerken ist, weil der befreite Vorerbe zwar über Grundstücke wirksam verfügt, nicht aber unentgeltliche Verfügungen treffen kann, § 2113 Abs. 2 BGB. Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung bei dem Recht des befreiten Vorerben unterbleibt nur, wenn der Nacherbe selbst in der für den Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Form des § 29 GBO. die Entgeltlichkeit der Verfügung anerkennt oder die Entgeltlichkeit bei dem Grundbuchamte offenkundig ist (§ 29 GBO.) bezw. die Unentgeltlichkeit nach den Umständen, unter denen die Verfügung vorgenommen ist, ausgeschlossen erscheint[6]. Auch die besondere Wirkung der Verfügungsbeschränkung des Vorerben im Konkurse in § 128 KO. ist zu beachten.

Kürzer ist die Frage nach der Art und Ausdehnung der Unwirksamkeit aus § 2129 BGB. zu behandeln. Besteht die Besorgnis einer erheblichen Verletzung des Nacherbenrechtes durch den Vorerben (§ 2128), so kann unter den Voraussetzungen des § 1052 BGB. dem Vorerben die Verwaltung des Nachlasses entzogen werden. Eine **nach** dem Verlust des Verwaltungsrechts erfolgte Verfügung des Vorerben ist **absolut** unwirksam, und der in Abs. II, 1 angeordnete Schutz gutgläubiger Dritter vermag die Unwirksamkeit aus § 2129 BGB. nicht zu einer relativen zu machen. Die Entziehung der

6. Reichsgericht in RGZ. 61 S. 231 ff., RGZ. 65 S. 218 und 223, RGZ. 69 S. 258 ff.

Verfügungsmacht ist in § 2129 BGB. erfolgt, um den gefährlichen Einfluß des Vorerben völlig lahm zu legen, der Verlust des Verwaltungsrechtes ist ein vollständiger und hat hier, wie überall, wenn das Gesetz nichts besonderes bestimmt, die absolute Unwirksamkeit von Verfügungen des der Verwaltung Beraubten zur Folge[7].

Welche Art der Unwirksamkeit ergibt sich aus der Bestimmung des § 2211 BGB.: „Ueber einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand kann der Erbe nicht verfügen?" In Literatur und Rechtsprechung behaupten die einen, die Unwirksamkeit von Verfügungen des Erben, neben welchem ein Testamentsvollstrecker steht, sei bloß relativ[8], die anderen sie sei absolut[9]. Der letzteren Auffassung ist zuzustimmen.

Den m. E. richtigen Ausgangspunkt findet man, wenn man zunächst dem Gedankengange eines der Vertreter der Gegenansicht folgt, nämlich dem von

---

7. Diese Auffassung des § 2129 teilen Strohal Bd. I S. 188; Hellwig, Lehrbuch I S. 301 Z. 4, 309; Raape S. 101. A. M. ohne genügende Begründung, Wendt S. 45, Düringer-Hachenburg Bd. II S. 460.

8. So den Protokollen (Mugdan Bd. V Nr. 7096) folgend Dernburg Bd. V S. 396; Strohal I S. 287; Güthe I S. 219 Nr. 47; Oertmann, Allg. Teil S. 419 A. 7; Frommhold S. 202; Planck V S. 406; Fischer-Henle S. 1270.

9. Dies nehmen an KG. vom 12. Juli 1906 RJA. Bd. VIII S. 51; Eccius S. 488; Hellwig, Lehrbuch S. 301 Z. 5, 309; Herold S. 493; Turnau-Förster I S. 463; Neumann II S. 581; offenbar auch Kipp I S. 905.

Strohal. Dieser hebt[10] ausdrücklich hervor, daß nicht die §§ 134, 135 BGB. für die Entscheidung der Frage maßgebend sind, sondern daß dieselbe aus § 2211 selbst zu beantworten ist. Die Bestellung des Testamentsvollstreckers ist eben etwas anderes als ein Veräußerungsverbot, und es erscheint daher nicht angängig, das in § 1 gefundene Kriterium für die Unterscheidung von relativen und absoluten Veräußerungsverboten hier anzuwenden. § 2211 ist also selbständig auszulegen. Die Bestimmung ist der Fassung nach abweichend von einer jeden Norm gehalten, in welcher die bisherige Darstellung das Vorliegen relativer Unwirksamkeit festgestellt hat. Es heißt in § 2211, „der Erbe k a n n nicht verfügen". Wenn der Erbe nicht verfügen k a n n, so vermag dies n u r der Testamentsvollstrecker, hat also der Erbe das Verwaltungsrecht gänzlich verloren. Es ist schon in den vorangegangenen Ausführungen auf den allgemeinen Rechtssatz hingewiesen worden: Wenn eine Person nicht verfügen kann, weil sie das Recht, ihr Vermögen zu verwalten, eingebüßt hat, so sind ihre Verfügungen gleich denen eines Nichtberechtigten, also absolut unwirksam[11], wenn nicht das Gesetz im Einzelfalle eine besondere Regelung trifft. Und mit Recht fügt Kipp[12] diesem von ihm gebilligten Satze hinzu, daß derselbe Geltung hat, selbst „wenn das Gesetz

10. Bd. I S. 285 A. 40.

11. Bis in das Einzelne führt diesen Satz bezüglich des Verwaltungsrechtes an den sog. selbständigen Sondervermögen (also auch dem Nachlaß) Hellwig, Lehrbuch S. 309 ff. durch.

12. Bd. I S. 905.

zum Schutz bestimmter Dritter besteht". Entsprechend haben wir soeben betont, daß dieses letztere Moment nur für Veräußerungsverbote als maßgebend aufzustellen ist, in § 2211 BGB. aber ein solches nicht vorliegt. Da aus § 2211 eine Abweichung von der Regel über die Folgen eines Verlustes des Verfügungsrechts nicht hervorgeht, so bleibt es bei der Anwendung des aufgestellten Satzes. Verfügungen des Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand sind absolut unwirksam — Fassung und Sinn des § 2211 BGB. befinden sich im Einklang: Der Erbe k a n n nicht verfügen.

Sobald dieser Verlust der Verfügungsbefugnis des Erben dem Grundbuchrichter ersichtlich wird, ist das Grundbuch für Verfügungen des Erben geschlossen[13]. Wird also in Abteilung 1 bei einem Nachlaßgrundstück der Erbe als Eigentümer eingetragen, so ist das Recht des Testamentsvollstreckers aus dem von Amtswegen in Abt. 2 einzutragenden Vermerk, § 53 GBO., zu ersehen. Jede weitere Verfügung des Erben, so sagt uns das Grundbuch unter Benutzung des § 2211, wird von einem Unbefugten vorgenommen, ihm ist das Grundbuch gesperrt.

13. Auch von dem Standpunkte aus, daß im § 2211 BGB. relative Unwirksamkeit geschaffen wird, gelangt Güthe S. 219 A. 47 zu einer Sperre des Grundbuchs. Das formelle Prüfungsrecht des Grundbuchamts wird in § 9 zum Gegenstand einer besonderen Erörterung gemacht. Zu vergleichen sind bezüglich der grundbuchrechtlichen Lage in § 2211 KG. vom 7. Sept. 1900 OLGRspr. Bd. I S. 100, Turnau-Förster S. 453.

Eine Quelle relativer Unwirksamkeit treffen wir wieder in § 2289 BGB. Durch einen Erbvertrag wird nach dieser Vorschrift „eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, **soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde.** In dem gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todeswegen unwirksam."

Der zweite, bemerkenswertere Satz des § 2289 Abs. 1 BGB. gibt den Aufschluß, daß der Erblasser durch Eingehung eines Erbvertrages prinzipiell nicht in seiner Testiermöglichkeit beschränkt wird[14]. Testamente, welche nach dem Erbvertrag von dem Erblasser geschaffen werden, sind vielmehr, ebenso wie die vor dem Vertrage entstandenen, nur relativ **gegenüber dem Recht des Vertragserben unwirksam**[15]. Dieses Recht des vertragsmäßig Bedachten (Erben etc.), dem gegenüber die Unwirksamkeit späterer Testamente eintritt, ist das Recht, auf Grund des Erbvertrages die in demselben ausgesetzten Zuwendungen zu erlangen. Dieses Recht ist ein absolutes. Die Folgeerscheinung ist, daß nicht nur der vertragsmäßig Bedachte die Unwirksamkeit von letztwilligen Verfügungen geltend machen kann, welche sein Recht aus dem Erbvertrage verletzen. Jedermann kann sich auf die relative Unwirksamkeit aus § 2289 Abs. 1 BGB. berufen z. B. derjenige, welcher mit der Erbschaftsklage belangt wird, gegenüber dem in einem nach § 2289 Abs. 1 BGB.

14. Frommhold S. 529.

15. Diese Ausgestaltung scheidet vor allem die Bestimmung des § 2289 von der generellen Norm des § 2258 BGB.

relativ unwirksamen Testamente eingesetzten Kläger[16]. Die Unwirksamkeit von letztwilligen Verfügungen, welche dem Erbvertrage zeitlich vorangingen, besteht nach § 2289 Abs. 1 Satz 1 in demselben Umfange, wie er soeben bei späteren Testamenten geschildert.

In den Ausführungen zu § 135 BGB. ist ausdrücklich erwähnt worden, daß mit dem Wegfall des durch das Verbot gesicherten Rechts, auf welche Weise er auch geschehen mag (z. B. durch einseitigen Verzicht des Berechtigten), die relative Unwirksamkeit späterer Verfügungen entfällt. Die Konvaleszenz der relativen Unwirksamkeit durch Wegfall des Erbvertrages als solchen und damit des Rechtes des in demselben Bedachten ist auch für die Fälle des § 2289 BGB. zu bejahen[17]. Nicht einheitlich geregelt ist dagegen in § 2289 die Heilung der relativen Unwirksamkeit durch **Erfolglosigkeit** des an sich bestehenbleibenden Erbvertrages. Durch Erfolglosigkeit des Erbvertrages — Tod des Bedachten vor dem Erbfall, Ausschlagung durch den Vertragserben — wird zwar die relative Unwirksamkeit nachfolgender Verfügungen beseitigt, insofern dies dem Willen des Erblassers nicht widerspricht[18], nicht aber die relative Unwirksamkeit von

16. Derselben Ansicht Strohal I S. 384 und Dernburg V S. 279 A. 14.

17. Kipp III S. 337; Hellwig, Verträge S. 598. Besonders sei Bezug genommen auf die bei Kipp a. a. O. vollständig klargelegte Analogie aus § 2258 Abs. 2 BGB.

18. Das Abstellen auf den Willen des Erblassers als endlichen Maßstab für das Verhältnis der Verfügungen von Todes-

Testamenten, welche dem Erbvertrage vorangegangen sind. Während nämlich ein Testament, welches dem Erbvertrag nachfolgt, an sich den letzten Willen des Erblassers zur Geltung bringt, und als solches allein maßgebend sein würde, wenn nicht der Erbvertrag vorangegangen wäre, ist bei dem Erbvertrage vorangegangenen Testamenten die Sachlage eine andere. Hier bewirkt der Erbvertrag nicht nur die relative Unwirksamkeit an sich maßgebender Testamente, sondern er stellt zugleich die zeitlich spätere Willensäußerung des Erblassers dar. Fällt diese, der Erbvertrag, durch **Vernichtung**, z. B. Anfechtung oder **Aufhebung** fort, so ist damit die frühere Verfügung wieder als letztwillige anzusehen, also vollwirksam. Wenn aber der Erbvertrag nur aus dem Grunde nicht in die Erscheinung tritt, weil der vertragsmäßig Bedachte **ausschlägt** oder **vor dem Erblasser stirbt**, so lebt — anders als wir bei den dem Erbvertrag nachfolgenden Testamenten sehen — das frühere Testament nicht wieder auf; denn es verkörpert bei dieser Sachlage nicht mehr den letzten Willen des Erblassers. Diesen enthält vielmehr der nachfolgende Erbvertrag, auch wenn er destitut ist[19]. Diesem Unterschied mag

---

wegen läßt den an dieser Stelle besprochenen Gegensatz zwischen Satz 1 und 2 des § 2289 Abs. 1 nicht so schroff erscheinen, wie es nach den Ausführungen bei Staudinger Bd. V S. 647 den Anschein hat.

19. Im Ergebnis übereinstimmend Motive Bd. V S. 232, Strohal Bd. I S. 384, Staudinger V S. 648, Fischer-Henle A. 1 zu § 2289. Anderer Meinung entschieden Dernburg V § 99 A. 17.

auch die verschiedene Fassung der beiden Sätze des § 2289 Abs. 1 zuzuschreiben sein.

Gemäß § 2289 BGB. sind nach diesen Erörterungen die einem Erbvertrag vorausgegangenen und die ihm nachfolgenden letztwilligen Verfügungen unwirksam relativ gegenüber dem Rechte des durch den Vertrag Bedachten. Gleichmäßig bewirkt auch für beide Fälle die Beseitigung des Erbvertrages als solchen den Fortfall der relativen Unwirksamkeit. In eigentümlicher Weise ist jedoch, dem Wesen des Erbvertrages entsprechend, die Heilung der relativen Unwirksamkeit bei Erfolglosigkeit des Erbvertrages abweichend geregelt, wenn es sich um die relative Unwirksamkeit vorangegangener oder dem Vertrage nachfolgender Testamente handelt.

§ 6.

Die relative Unwirksamkeit in den handelsrechtlichen und urheberrechtlichen Gesetzen.

Auch außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben wir nach Erscheinungen relativer Unwirksamkeit Umschau zu halten.

Leicht kann die Fassung des § 186 Abs. 4 HGB. zu der Annahme verleiten, daß die Vorschrift relative Unwirksamkeit erzeuge, und zwar daß es sich um relativ einem Rechte der Aktiengesellschaft bestehende Unwirksamkeit handelt. Bestimmt doch das Gesetz in

§ 186 Abs. 4, daß jedes Abkommen, welches die Gründung einer Aktiengesellschaft zu einer qualifizierten macht, insbesondere Vereinbarungen über besondere Vorteile für einzelne Aktionäre, über Sacheinlagen und Uebernahmen, **„der Gesellschaft gegenüber unwirksam"** ist, wenn es nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat. Die Worte: „der Gesellschaft gegenüber unwirksam" stimmen allerdings vollkommen mit der Fassung der §§ 135, 506 etc. BGB. überein, aber eine nähere Betrachtung eröffnet, daß diese oftmals für das Vorliegen der relativen Unwirksamkeit typischen Worte auch einer anderen Bedeutung fähig sind.

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm des § 186 HGB. ergibt sich der Satz: jede Uebertretung des § 186 Abs. 4 ist nichtig. Die Bestimmung im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 209 b, wurde nämlich geschaffen — wie das Reichsgericht in einem Urteil vom 6. Februar 1904 JW. 1904 S. 182 ausführt —, um die öffentlichen Garantien zu ersetzen, welche die bis zur Novelle des ADHGB. vom 11. Juni 1870 erforderliche staatliche Genehmigung derartiger Abreden des Gründungsvertrages geboten hatte. Die Vorschrift selbst bezweckt nicht einmal so sehr den Schutz der Aktiengesellschaft — die durch den Wortlaut angedeutete Richtung — als vor allem die Gleichstellung der Aktionäre untereinander. Zur Sicherung ihres Aktienrechtes, des Mitgliedschaftsrechtes, daß dem Inhaber jeder Aktie gleiche Ansprüche

gegen die Aktiengesellschaft zustehen sollen[1], und nicht zum Schutze der juristischen Person der Aktiengesellschaft müßte also die Vorschrift des § 186 Abs. 4 HGB. erlassen sein.

Aber diese Idee ist völlig aufgegangen in der höheren Funktion der Norm des § 186 Abs. 4 HGB., als Ersatz zu dienen für die im **öffentlichen** und allgemeinen Interesse liegende **Kontrolle** jener besonders gefährlichen Abmachungen aus Abs. 1—3 des § 186 **durch den Staat.** Diese Zweckbestimmung des § 186 Abs. 4 rechtfertigt den zu Beginn aufgestellten Satz, daß die gegen § 186 Abs. 4 verstoßenden Abmachungen „nichtig" sind und den Schluß, den Staub[2] aus dieser auch von ihm gebilligten Auffassung zieht, daß weder die Gesellschaft noch der Gegenkontrahent an solche Abmachungen gebunden sind[3]. Die Fassung des Abs. 4 § 186 möchte ich endlich daraus erklären, daß es sich um Vereinbarungen handelt, welche in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden und hierdurch zur Regelung des **Innenverhältnisses** der Gesellschaft beitragen sollen[4]. Jedoch bedeuten die Worte „der Gesellschaft gegenüber unwirksam" in § 186 IV HGB. weder eine Begrenzung der Unwirksamkeit, noch eine

---

1. Außer wenn durch den Gesellschaftsvertrag selbst den Aktionären eine abweichende Regelung zur Kenntnis gebracht wird.

2. Handelsgesetzbuch Bd. I S. 651.

3. Vgl. auch Lehmann-Ring S. 390.

4. Dies gilt insbesondere von der Gewährung von Sondervorteilen an einzelne Aktionäre.

Beschränkung des zur Geltendmachung derselben befugten Personenkreises. Der Gegenkontrahent, mit dem die Vereinbarungen getroffen worden sind, ein jeder Aktionär, Vorstand und Aufsichtsrat, die Generalversammlung der Gesellschaft, die Revisoren des Gründungshergangs (§ 92 HGB.) und auch der das Handelsregister führende Richter können auf die Nichtigkeit hinweisen[5].

Das **Gesetz** betreffend die **Gesellschaften mit beschränkter Haftung** vom 20. April 1892 enthält in **§ 9 Abs. 2** eine relative Unwirksamkeit schaffende Vorschrift. Diejenigen Personen, welche eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Eintragung in das Handelsregister anmelden, haften der Gesellschaft solidarisch für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen, § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 2 GmbHG. „Verzichtleistungen oder Vergleiche der Gesellschaft in betreff der ihr nach dem (soeben angeführten) Absatz 1 zustehenden Ersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist". Diese Vorschrift ist, wie folgt, zu erläutern: Verzichtleistungen oder Vergleiche der Gesellschaft m. b. Haftung über etwaige nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 erwachsene Ansprüche auf Schadensersatz wegen falscher Angaben bei der Anmeldung zum Handels-

5. Die Nichtigkeit aus § 186 Abs. 4 HGB. kann nur durch Statutenänderung beseitigt werden.

register gegen die anmeldenden Personen sind zunächst vollwirksam. Sie werden unwirksam, sobald die Voraussetzung eintritt, daß die Gesellschaft m. b. H. aus ihren sonstigen Mitteln ihre Gläubiger nicht zu befriedigen vermag. Dann würden zur Begleichung der Gesellschaftsschulden die Ersatzansprüche zu verwenden sein, welche der GmbH. nach § 9 Abs. 1 GmbHG. gegen die Anmeldenden zustehen würden. Auf dieselben ist aber verzichtet worden bezw. über dieselben ein Vergleich geschlossen, sodaß ein Zurückgreifen auf die Ersatzansprüche nicht möglich wäre, wenn nicht § 9 Abs. 2 diese Abmachungen zwischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Anmeldenden für insoweit unwirksam erklärte, als es zur Deckung der Gesellschaftsschulden erforderlich ist. Wird der Vergleich oder der Verzicht über die Ersatzansprüche unwirksam, so ist er es nach § 9 Abs. 2 GmbHG. nur insoweit, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Die Unwirksamkeit des Verzichts oder Vergleichs besteht proportional den sonst ungedeckten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Unwirksamkeit ist also eine relative gegenüber den Forderungen der Gesellschaftsgläubiger. Die weitere Beschränkung, daß auch diese relative Unwirksamkeit nur besteht, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, d. h. deren Ansprüche sonst nicht gedeckt sind, vermag nichts an der grundsätzlichen Richtung der Relativität der Unwirksamkeit zu ändern. Es muß — wie

Staub-Hachenburg S. 130 Anm. 15 es konkreter bezeichnen — feststehen, daß die Aktiven der GmbH. nicht mehr ausreichen, um die Passiven zu decken. Mit diesem Punkte tritt dann unsere rein relative Unwirksamkeit gegenüber dem Anspruch der Gesellschaftsgläubiger ein.

Nicht zu billigen ist es, wenn Staub-Hachenburg a. a. O. meinen, die Unwirksamkeit aus § 9 Abs. 2 GmbHG. unterscheide sich von der Anfechtung im Konkurse nur dadurch, daß nicht der Nachweis einer Gefährdung „und eine gerichtliche Anfechtung" notwendig sei. Die relative Unwirksamkeit tritt wie in jedem der bisher besprochenen Fälle ohne jegliche Anfechtung ein. Auch die relative Unwirksamkeit aus § 9 Abs. 2 GmbHG. ist weder in die Form des obligatorischen Anfechtungsanspruchs gekleidet, noch wird sie wie die Anfechtung des BGB. und vielleicht auch der Konkursordnung[6] durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes in das Leben gerufen. Auf die relative Unwirksamkeit aus § 9 Abs. 2 können sich der Gesellschaftsgläubiger und auch die Gesellschaft m. b. Haftung selbst durch ihre Organe berufen, indem sie ohne weiteres den Vergleich oder Verzicht als nicht bestehend behandeln.

Wir gehen über zu den Gesetzen über den Schutz des gewerblichen Urheberrechts.

6. Die Natur der Anfechtung im Konkurse wird den Gegenstand des besonderen § 10 bilden.

7. Wohl aber relative Nichtigkeit im Sinne von Gierke, Privatrecht Bd. I S. 879; eingehend erläutert den begrifflichen Unterschied der beiden Institute unten Teil II § 3.

Aus der Vorschrift des § 28 Abs. 2 des Patentgesetzes geht relative Unwirksamkeit nicht hervor[7]. Dieselbe bestimmt, daß nur der durch eine Anmeldung beim Patentamt Verletzte zur Stellung des Antrags auf Nichtigkeitserklärung des auf die betr. Anmeldung hin eingetragenen Patents berechtigt ist, wenn der Grund für die Vernichtbarkeit des Patents der in § 10 Z. 3 PatG. angegebene ist. § 10 Z. 3 bestimmt, daß ein Patent für nichtig erklärt werden kann, wenn sein wesentlicher Inhalt den Beschreibungen, Zeichnungen . . . eines Anderen ohne dessen Einwilligung entnommen war. In einem Falle, in welchem diese Voraussetzungen des § 10 Ziff. 3 gegeben sind, ist das trotzdem erteilte Patent materiell nichtig. Bevor diese Nichtigkeit geltend gemacht werden kann, ist aber der durch die Patenterteilung seitens des Patentamts hervorgerufene Schein eines Rechts auch formell zu beseitigen[8]. Zu diesem Zwecke muß ein Antrag gestellt werden, das Patentamt wolle das Patent für nichtig erklären. Diesen Antrag kann nun im Falle des § 10 Z. 3 nur derjenige stellen, dessen Beschreibung etc. die angemeldete Erfindung entnommen ist, § 28 Abs. 2 PatG. Dieser Satz bedeutet nur eine **formelle** Beschränkung der Antragsbefugnis, der Befugnis,

8. Diese Auffassung von der Rechtsnatur der Nichtigkeitsklage im Patentrecht findet ihre Grundlage, wie Kohler, Patentrecht S. 152, erläutert, in einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf ungehinderten Gebrauch von Rechtsgütern, bezüglich deren eine Patenterteilung nicht erfolgen durfte. Abweichend erklärt das Wesen der Nichtigkeitsklage Seligsohn zu § 10 Pat.-Ges.

geltend zu machen, daß das Patent nichtig ist. Ist der Antrag einmal gestellt und demselben stattgegeben, so ist das Patent für jedermann nichtig, nicht nur dem Recht des Antragstellers gegenüber relativ unwirksam. (Vgl. aber auch S. 101 Anm. 7.)

§ 7.

Die Wirkung von Verfügungen des Schuldners während der Zwangsversteigerung bezw. Zwangsverwaltung des Grundstücks.

Ein treffliches Beispiel relativer Unwirksamkeit bietet die Beschlagnahme von Grundstücken im Zwangsversteigerungsverfahren, welche gemäß § 23 ZVG. die Wirkung eines Veräußerungsverbotes hat. Der Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet wird, bedeutet für den betreibenden Gläubiger die Beschlagnahme des Grundstücks mit seinen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen, § 20 Abs. 1 ZVG.[1]. Die Beschlagnahme von Grundstücken begründet kein Pfandrecht wie die Pfändung bei der Mobiliarzwangsversteigerung, sondern enthält nur ein Veräußerungsverbot; dies nimmt auch das Reichsgericht an[2]. Das Verbot, welches der Beschlagnahme innewohnt, ist ein relatives der Art des

1. Nähere Erläuterungen bei Reinhard S. 132, Jaeckel S. 108, v. d. Pfordten S. 67, Kretzschmar in ZBlFfG. Bd. 6 S. 10. Modifizierend § 23 Abs. 1 Satz 2 ZVG.

2. RGZ. 19 S. 300 ff. für das preußische Recht nach dem Gesetz vom 13. Juli 1883, welchem das geltende Reichsrecht nachgebildet ist.

§ 135 BGB. Untersagt ist die Veräußerung und Belastung des Grundstücks nach erfolgter Beschlagnahme. Entgegen dem Verbot begründete Rechte sind unwirksam, soweit sie das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück zu beeinträchtigen geeignet sind, d. h. relativ dem durch das Verbot geschützten Recht des betreibenden Gläubigers. Daher ist eine Verfügung wirksam, welche der Zwangsversteigerungsschuldner über zu Beginn der Beschlagnahme schon für ihn eingetragene Eigentümerhypotheken- und Grundschulden trifft, auch wenn das Rechtsgeschäft während der Beschlagnahme erfolgt[3].

Wenn eine während der Beschlagnahme vorgenommene Verfügung aber dem Recht des betreibenden Gläubigers widerstrebt, so ist sie relativ unwirksam und hat auf den Fortgang des Zwangsversteigerungsverfahrens keinen Einfluß. Der Grundbuchrichter mag deshalb eine relativ unwirksame Verfügung des Subhastaten in das Grundbuch eintragen. Denn bei regelmäßigem Verlauf des Verfahrens führt die Eintragung des relativ unwirksamen Rechts keine Schädigung des Gläubigers herbei. Kommt es zum Zuschlag des Grundstücks, so geht durch denselben konstitutiv das Eigentum auf den Ersteher über, § 90 I ZVG., und die Realrechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, erlöschen, § 91 Abs. 1 ZVG. Der Hergang ist der, daß zunächst einmal bei Festsetzung der Versteigerungsbedingungen schon das relativ unwirksame Recht nicht

3. Derselben Ansicht Th. Wolff S. 104, Jaeckel S. 122.

berücksichtigt wird. Die Versteigerungsbedingungen sind aufzufassen als Nebenabreden, welche die rechtlichen Beziehungen des Erstehers, des Subhastaten und und der übrigen Beteiligten, regeln sollen[4]. Der Gläubiger wird aber in Ausdehnung der relativen Unwirksamkeit seines Rechts nicht als Beteiligter behandelt. Sein Recht erlischt also durch den Zuschlag, und bei der späteren Verteilung des Erlöses wird es von den anteilsberechtigten Zwangsversteigerungsgläubigern wiederum als nicht vorhanden betrachtet. Der Eintrag eines Rechtes, welches nach Maßgabe des in der Beschlagnahme enthaltenen relativen Veräußerungsverbots unwirksam ist, bedeutet nach diesen Darlegungen keine Gefährdung der durch das Verbot gesicherten Person, es ist daher Anlaß für eine Sperre des Grundbuchs nicht gegeben[5].

Die Genehmigung des durch das Verbot gesicherten Zwangsversteigerungsgläubigers läßt auch hier die relative Unwirksamkeit erlöschen. Eine Sonderheit gegenüber der relativen Unwirksamkeit aus den sonstigen Veräußerungsverboten (abgesehen von § 2113 BGB.) ist es, daß die relative Unwirksamkeit aus § 23

4. Derselben Auffassung sind Betzinger-Mainhard S. 88; Meyer, BayNotZ. 1904 S. 50; Fischer-Schäfer S. 280.

5. Das grundbuchrechtliche Ergebnis findet die Billigung des RG. vom 11. Okt. 1906 (RJA. Bd. VIII S. 68), OLG. Kolmar in OLGRspr. Bd. IV S. 162; in der Literatur von Jaeckel S. 121, Th. Wolff S. 104, Krech-Fischer Anm. 1 zu § 23 ZVG., Turnau-Förster Anm. IV, 5 zu § 925 BGB.

ZVG. auch im Konkurse des Zwangsversteigerungsschuldners bestehen bleibt, § 13 KO.

Auf die infolge der Beschlagnahme eintretende relative Unwirksamkeit können sich, wie aus der soeben geschilderten Entwicklung des Verfahrens hervorgeht, zunächst der das Zwangsversteigerungsverfahren betreibende Gläubiger berufen, gegenüber dessen durch die Beschlagnahme gedeckten Recht die Unwirksamkeit besteht, sodann der Zwangsversteigerungsschuldner, ferner alle übrigen an dem Verfahren beteiligten Gläubiger und unter Umständen außerdem der Erwerber.

Die Bestimmung des § 23 Abs. I, 1 ZVG. findet § 146 in Verbindung mit § 148 Abs. 1 ZVG. zufolge auch auf die bei der Zwangsverwaltung eintretende Beschlagnahme eines Grundstücks Anwendung[6]; denn § 146 ZVG. erklärt sämtliche Vorschriften über die Zwangsversteigerung auf die Zwangsverwaltung für anwendbar, und § 148 schließt nur die Heranziehung von Satz 2 des § 23 Abs. 1 ZVG. aus. Das Besondere ist aber in diesem Falle — hierauf weist Raape S. 102 zu Recht hin —, daß dem Zwangsverwaltungsschuldner durch die Vorschrift des **Abs. 2** § 148 ZVG. zugleich das Recht der Verwaltung und Benutzung des beschlagnahmten Grundstücks entzogen wird. Wir stehen einer Rechtslage gegenüber, in welcher eine Person das Verwaltungsrecht bezüglich

---

6. Derselben Meinung wie der Text Krech-Fischer Anm. 2 zu § 146, Jaeckel S. 563.

eines Gegenstandes völlig eingebüßt hat, deren Verfügungen aber trotzdem nicht absolut, sondern (§ 146 mit § 148 Abs. 1 ZVG.) nur relativ unwirksam sind. Der nach § 146 auf die Zwangsverwaltung anzuwendende § 23 Abs. I, 1 und § 148 Abs. 2 ZVG. stehen also sich ergänzend nebeneinander. Demnach sind Verfügungen des Grundstückseigentümers während der Dauer der Zwangsverwaltung nur relativ unwirksam, obwohl § 148 Abs. 2 ZVG. dem Betroffenen das Verwaltungsrecht in vollem Umfange entzieht. Wir haben es aber an dieser Stelle nicht mit einer Ausnahme von dem Satze zu tun, daß der Verlust des Verwaltungsrechts die absolute Unwirksamkeit von Verfügungen des Rechtssubjektes zur Folge hat. Es rechtfertigt dieser Fall nur die im Gange der Darstellung stets der Regel beigefügte Einschränkung, „wenn nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt“[7]. Die Beschlagnahme eines Grundstücks bewirkt **ausnahmsweise** nicht relative Unwirksamkeit, wenn es sich um eine während der Grundstücksbeschlagnahme erfolgte Fahrnispfändung handelt. Werden nämlich nach Eintritt der Beschlagnahme des Grund-

7. Zu weit geht Raape, S. 102, wenn er den § 148 ZVG. als einzige Durchbrechung des Grundsatzes, der Verlust des Verwaltungsrechts erzeuge völlige Unwirksamkeit der Verfügungen des Rechtsträgers anführt und ohne weitere Belege nur wegen dieser Durchbrechung die Regel verwirft. Es ist im Text gezeigt, daß § 148 ZVG. keine Ausnahme von obigem Grundsatze bedeutet; aber auch wenn dies nicht so wäre, würde die Regel nicht aufhören zutreffend zu sein, weil es eine Ausnahme gibt.

stücks Gegenstände im Wege der Mobiliarvollstreckung gepfändet, welche einer an dem Grundstück bestehenden Hypothek unterliegen würden und nicht Zubehör sind, so ist eine solche gegen die Beschlagnahme verstoßende Verfügung nicht relativ unwirksam, sondern gänzlich unzulässig und nichtig nach § 865 Abs. 2 ZPO.[8].

Zurückzuweisen ist die von E. Fuchs[9] aufgestellte Ansicht, daß in **§ 89 b der Gewerbeordnung** ein relative Unwirksamkeit erzeugendes Veräußerungsverbot vorliegt. Die Gewerbeordnung schreibt vor, daß eine Innung zum Abschluß der dort aufgeführten Geschäfte der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfe, z. B. zum Erwerbe, der Veräußerung oder Belastung von Grundeigentum, Z. 3 § 89b GewO. Jedoch bildet diese Vorschrift ein Musterbeispiel für ein im **öffentlichen** Interesse erlassenes Veräußerungsverbot. Dem Staate liegt daran, daß die von ihm neu belebten gewerblichen Innungen sich in lebensfähiger Vermögenslage befinden; er achtet darauf, daß die nicht immer aus erfahrenen Geschäftsleuten sich zusammensetzenden Innungsversammlungen kein nachteiliges Geschäft über Grundbesitz eingehen (§ 93 Abs. 2 Z. 6 GewO.). Wenn die Innung Geschäfte der in § 89b angegebenen Art ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde eingeht, so sind sie gemäß § 134 BGB. nicht relativ unwirksam, sondern nichtig; dieser Ansicht ist auch Neukamp[10].

8. RGZ. 59 S. 91, RGZ. 69 S. 92, zustimmend Gaupp-Stein Bd. II S. 701.

9. Grundbuchrecht S. 164 Anm.

10. S. 172.

§ 8.

Die Grenzen der Unwirksamkeit bei Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.

Sind Verwaltungs- und Verfügungsgeschäfte, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, relativ unwirksam? Diese Frage bildet den Mittelpunkt einer großen, ständig anwachsenden Literatur. Das Problem der relativen Unwirksamkeit ist in der Tat an dieser Stelle von so eminent praktischer Bedeutung, wie an kaum einer anderen. Und es ist daher die Umgrenzung der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners ganz besonders eingehend unter möglichst vollständiger Benutzung der in Wissenschaft und Rechtsprechung sich findenden Anregungen zu erörtern.

Ein nicht eben glückliches Geschick ist es, daß an diesem für das Rechtsleben wichtigen Punkte das Gesetz selbst bei der Festlegung des Umfanges der Unwirksamkeit Schwierigkeiten bereitet. § 6 K.O erklärt: „Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.“ Nach diesen Sätzen nimmt man zunächst einmal an, mit der Konkurseröffnung geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter über. Nur dieser vermag über Massesachen zu verfügen, dem Kridar ist die Ver-

fügungsbefugnis gänzlich entzogen. Aber § 7 KO. fährt fort, „Rechtshandlungen, welche der **Gemeinschuldner** nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den **Konkursgläubigern gegenüber unwirksam**". Die abweichende Fassung des § 6 und § 7 KO. ist offensichtlich, sie ist die Ursache des Streites und der mit ihm verbunden Unsicherheit bezüglich der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Konkurses.

Die Auffassungen, welche über die Unwirksamkeit aus den §§ 6, 7 KO. geäußert sind, können nach ihrer grundsätzlichen Richtung in zwei Gruppen geteilt werden, in die einen, welche die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für absolut, in die anderen, welche sie für relativ unwirksam ansehen. Nun gelangen wir aber zu der Hauptschwierigkeit, welcher ich zuschreiben möchte, daß eine Verständigung unter den vielen Meinungen bisher nicht erreicht worden ist. Die überwiegende Mehrzahl der das vorliegende Problem behandelnden Arbeiten sind solche über das Konkursrecht und nicht über die relative Unwirksamkeit. Dieselben präzisieren, bevor sie zu der Frage Stellung nehmen, vielfach überhaupt nicht, was sie unter relativer Unwirksamkeit verstanden wissen wollen.

Meistenteils erklären die Anhänger der Auffassung, welche relative Unwirksamkeit im Falle der §§ 6, 7 KO. als vorhanden annimmt, die Unwirksamkeit aus diesen Bestimmungen sei dieselbe wie die aus § 135 BGB. Mit einer solchen Feststellung hätte unsere

Darstellung noch nicht alles gewonnen. Sind wir doch zu einer von der herrschenden Anschauung verschiedenen Festlegung der Grenzen der Unwirksamkeit in § 135 BGB. gelangt. Eine einfache Verweisung auf die Ausführungen zu dieser Bestimmung würde uns also ohne weiteres mit der soeben erwähnten Auffassung über die §§6, 7 KO. in Konflikt bringen. Sodann haben wir gesehen, daß die Worte „den . . . gegenüber unwirksam" zwar vielfach das Vorhandensein einer relativen Beschränkung der Unwirksamkeit anzeigten; jedoch hat uns die Betrachtung des § 186 HGB. zu der Ueberzeugung bringen müssen, daß, wie die Mehrzahl der Wortargumente, auch dieses nicht unbedingt zuverlässig ist. Wenden wir uns dem § 6 KO. zu, welcher das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter überträgt; und wir erinnern uns des in den vorangegangenen Ausführungen im Anschluß an Kipp und Hellwig vertretenen Satzes, daß die Verfügungen eines des Verfügungsrechtes Beraubten mit absoluter Unwirksamkeit behaftet sind. Wir müssen aber auch der jenem Grundsatz von uns hinzugefügten Worte eingedenk sein, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt", eine Einschränkung, welche sich im Falle des § 148 ZVG. bewährt hat. Das Problem wird durch Heranziehung des erwähnten Grundsatzes schärfer gefaßt, allein eine Lösung entspringt dem Satze auch nicht; denn jetzt müssen wir die Frage stellen: Will die Konkursordnung selbst in § 7 die aus der Entziehung des Verwaltungsrechts in § 6 sich ergebende Schluß-

folgerung absoluter Unwirksamkeit der Verfügungen des Kridars modifizieren[1]?

Zu einer Beantwortung dieser Frage gewähren die bisherigen Erörterungen über die Unwirksamkeit aus den §§ 6 und 7 KO. keinen genügenden Anhalt. Sie haben uns nicht viel mehr als die Erkenntnis vermittelt, daß mit abstrakten Begriffen im vorliegenden Falle dem Problem nicht beizukommen ist. Es bleibt allein der Weg übrig, vorerst unter Beiseitelassung aller bisher gewonnenen begrifflichen Ergebnisse, für die Grenzlinie der Unwirksamkeit in den §§ 6 und 7 KO. durch Betrachtung von Einzelfällen Richtpunkte zu finden, selbst auf die Gefahr hin, in Wiederholungen zu verfallen.

Wenn der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens ein zur Masse gehöriges Automobil an einen Dritten verkauft und übereignet, so tut er dies, nachdem er gemäß § 6 KO. das Verwaltungsrecht verloren hatte, und die Uebereignung soll nach § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sein. Sieht man die vorliegende Unwirksamkeit trotz des Wortlautes des § 7 als **absolute** an, so würde der Erwerber nicht das Eigentum an dem Automobil erlangt haben, sondern durch die Uebergabe nur den Besitz. Diesen hätte er, da der Kridar Eigentümer des Automobils geblieben wäre, auf die rei vindicatio desselben an ihn zurückzuübertragen. Die Klage aus § 985

1. Etwa wie das Zwangsversteigerungsgesetz in § 148 eine eigenartige Gestaltung geschaffen hat.

BGB. zu erheben, würde aber den Gemeinschuldner der Verlust des Verwaltungsrechtes hindern, welcher nach demselben § 6 KO. eingetreten ist. Nur der Konkursverwalter könnte in Anbetracht des § 6 Abs. 2 das Automobil durch Erhebung der rei vindicatio in die Masse zurückbringen. Nimmt man dagegen an, die Veräußerung des Wagens sei **relativ** unwirksam in der Weise, daß nur die Konkursgläubiger sich auf die Unwirksamkeit berufen könnten, so würde nach dieser Ansicht der Erwerber Eigentümer des Wagens mit Wirkung gegenüber dem Gemeinschuldner geworden sein. An eine rei vindicatio des Gemeinschuldners wäre nicht zu denken. Nur die Konkursgläubiger könnten die Uebereignung als unwirksam ansehen und nach der oben S. 15 angestellten Ueberlegung die Klage aus § 888 BGB. auf Rücklieferung der Sache in die Masse anstrengen. Den Konkursgläubigern läge nun aber auch in ihrer Gesamtheit nicht ob, die einzelnen Verwaltungshandlungen bezüglich der Masse vorzunehmen. Der Verwalter hat gemäß § 117 Abs. 1 KO. Recht und Pflicht der Verwaltung und Verwertung der Masse, wenn er auch in manchen Beziehungen der Kontrolle der Konkursgläubiger (Gläubigerversammlung und -Ausschuß) untersteht, insofern er deren Einwilligung einzuholen hat (§§ 129 ff. KO.). Immer aber ist der Konkursverwalter der unmittelbar in der Oeffentlichkeit im Interesse der Masse Handelnde, und er allein könnte die Klage der Gläubiger erheben.

Bei Befürwortung einer nur für die Konkurs-

gläubiger bestehenden Unwirksamkeit des Eigentumsüberganges an dem Automobil ergibt sich daher dasselbe praktische Resultat wie bei der Annahme absoluter Unwirksamkeit: der Konkursverwalter allein kann gegen den Dritten die Klage auf Rücklieferung in die Masse erheben.

Noch ist nicht der von dem Gemeinschuldner mit dem Erwerber über das Automobil abgeschlossene obligatorische Kaufvertrag auf seine Wirksamkeit hin geprüft worden. Der Verkäufer hat denselben nicht erfüllt, da der Käufer sicherlich nicht vollwirksames Eigentum erlangt hat, § 433 BGB. Die Eingehung des Kaufvertrages zwischen dem Gemeinschuldner und dem Dritten ist sowohl für eine Verwaltungshandlung über das zur Masse gehörige Automobil im Sinne des § 6 KO., als auch für eine „Rechtshandlung" des § 7 KO. anzusehen. Demnach müßte also der Kaufvertrag relativ oder gar absolut unwirksam sein. Diese Auffassung ist aber abwegig. Der Kaufvertrag verpflichtet den Gemeinschuldner, der mit der Konkurseröffnung an seiner **Geschäftsfähigkeit** keine Einbuße erlitten hat, und bringt eine regelmäßige Forderung gegen den Verkäufer (den Kridar) hervor, nicht eine Konkursforderung. Nur kann der Anspruch aus dem Kaufvertrage infolge der Vorschrift des § 15 Abs. 1 KO. nur durch Vollstreckung in das übrige Vermögen des Gemeinschuldners, nicht aber im Wege der Zwangsvollstreckung in die Konkursmasse verwirklicht werden. Festzuhalten ist jedoch, daß der von dem Verkäufer eingegangene obligatorische Vertrag über eine zur

Masse gehörige Sache vollwirksam ist, wenn er auch der Befriedigungsmöglichkeit aus der Masse entbehrt. Hiermit haben wir eine merkliche Beschränkung der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Kridars gewonnen.

Als Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche von der Unwirksamkeit aus § 7 KO. betroffen werden, sind Verfügungen und andere Rechtsgeschäfte wie auch Rechtshandlungen im engeren Sinne anzusehen, d. h. „jede rechtlich erhebliche Handlung des Gemeinschuldners“[2]. Die herrschende Ansicht[3] zählt hierher z. B. die Verwirkung einer Vertragsstrafe durch den Gemeinschuldner oder den Eintritt einer Bedingung durch Tätigkeit des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung. Im Sinne dieser Auffassung muß man daher auch die Besitzergreifung als „Rechtshandlung“ bezeichnen[4]. Wenn nun ein zur Konkursmasse gehöriges Pferd aus der Obhut des Verwalters entläuft, und der Gemeinschuldner dasselbe nach einiger Zeit wieder einfängt, bevor es ein anderer in Besitz genommen hat, so würde die Ergreifung des Pferdes durch den Gemeinschuldner für eine „Rechtshandlung“ zu

2. RGZ. 59 S. 57.

3. Reichsgericht a. a. O., Wilmowski S. 49, Jaeger S. 101.

4. Wie schon einmal angedeutet, lassen sich gegen die Idee der Unwirksamkeit einer Besitzergreifung begriffliche Bedenken erheben. Jedoch dürfen dieselben hier zurücktreten, da wir uns bei der Wahl des Beispiels in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht befinden, und es sich gerade um die Darlegung ihrer Konsequenzen handelt.

erklären sein. Die Zurückschaffung des Pferdes unterliegt nicht der in § 8 KO. enthaltenen speziellen Regelung betreffend die Leistungen „auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit". Die Vorschrift, welche im folgenden noch näher zu erörtern sein wird, bezieht sich nur auf die Erfüllung von „Verbindlichkeiten". Der Gemeinschuldner hat aber das Pferd selbst in Besitz genommen, ohne daß ein anderer, welcher der Konkursmasse gegenüber das Pferd zu leisten gehalten war, dem Gemeinschuldner dasselbe übergeben hätte. Die Zurücklieferung des Pferdes ist daher nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 6 u. 7 KO. zu behandeln. Man sollte demnach weiter forschen: ist die Ergreifung des Besitzes an dem Tiere durch den Gemeinschuldner relativ oder absolut unwirksam nach den §§ 6, 7 KO.?

Keine dieser beiden Lösungen wäre jedoch zu billigen. Wenn auch § 7 kategorisch erklärt, Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, sind mangelhaft, so wäre es dennoch bei dem vorliegenden Rechtsfalle den Interessen der Konkursgläubiger geradezu entgegen, die Rückübertragung des Automobils für, sei es relativ, sei es absolut unwirksam zu erklären. Es ist stets zu erwägen, daß die §§ 6, 7 KO. den alleinigen Zweck haben, das Interesse der Konkursgläubiger an möglichst ungeschmälerter gleichmäßiger Befriedigung aus der Konkursmasse zu sichern. Die zur Masse gehörige Sache ist aber der Rechtsmacht des Konkursverwalters und damit der Gläubiger eher unterworfen, wenn sie im

Besitze des Gemeinschuldners als in dem eines Dritten oder gar niemandes ist, selbst wenn der Gemeinschuldner nicht gewillt ist, die Sache an den Konkursverwalter wiederum abzuliefern. Nicht nur, daß die tatsächliche Besitzergreifung, § 117 KO., von Sachen, welche der Gemeinschuldner innehat, für den Verwalter leichter ist, rückt auch der Verlust der Sache für die Masse durch gutgläubigen Erwerb in weitere Ferne, wenn der Kridar die Sache besitzt; denn erst der von dem Ersterwerber gutgläubig eine bewegliche Massesache Erlangende wird nach § 7 Abs. 1 Satz 2 geschützt (vgl. unten S. 228). Es wäre also nicht nur zwecklos, sondern geradezu zweckwidrig, wenn wir die Ergreifung des Pferdes durch den Kridar den Vorschriften der §§ 6 und 7 KO. unterstellen wollten. Wir haben hiermit ein weiteres Gebiet der Wirksamkeit gefunden, welches die Unwirksamkeit aus den §§ 6, 7 KO. von außen her einschränkt.

Zu erörtern bleibt noch die Rechtslage, wenn dem Gemeinschuldner eine zur Konkursmasse gehörige Forderung gegen einen Dritten zusteht. Wenn der Verwalter die Forderung geltend macht, so ist, falls der Dritte die geschuldete Leistung schon an den Gemeinschuldner bewirkt hat, die Wirksamkeit der Erfüllung für die Masse in § 8 KO. besonders geregelt. Tritt der Kridar die Forderung an einen anderen ab, so kann der Schuldner die Leistung an den Erwerber der Forderung verweigern, denn, wenn man auch die Unwirksamkeit der Erfüllung an den Zessionar des Gemein-

schuldners aus den §§ 6—8 KO. noch so sehr einengt, so geht dieselbe doch jedenfalls soweit, daß der Konkursverwalter von dem Schuldner die Leistung noch einmal fordern kann. Zweimal zu erfüllen ist der Verpflichtete durch das Schuldverhältnis nicht gehalten.

Dieselbe Einwendung aus der Unwirksamkeit einer etwaigen Erfüllung steht dem Besitzer zu, wenn er bei der in dem ersten Beispiel besprochenen Sachlage das vom Kridar übertragene, zur Masse gehörige Automobil dem Erwerber entwendet hätte, und dieser es mit der rei vindicatio herausverlangte. Auch hier ist der Belangte wegen eines etwaigen Anspruchs des Konkursverwalters aus § 989 BGB. wegen verschuldeter Unfähigkeit zur Herausgabe nicht zur Uebergabe des Automobils an C. gehalten[5].

Im Verlaufe der bisherigen praktischen Erörterungen sind wir — kurz zusammengefaßt — zu folgenden Ergebnissen gelangt:

1. Obligatorische Verträge über Massesachen sind weder relativ noch absolut unwirksam, sondern entbehren nur der Vollstreckbarkeit in die Konkursmasse.

2. Die Besitzergreifung seitens des Kridars an Massesachen, welche aus dem Gewahrsam des Konkursverwalters gekommen sind, ist nicht unwirksam.

3. Bei einer unter die §§ 6 und 7 KO. fallenden Abtretung von Masseforderungen kann sich der vom

---

5. Anderer Meinung scheint Hellmann, Konkursrecht S. 254 Anm. 1 zu sein.

Zessionar in Anspruch genommene debitor cessus auf die Unwirksamkeit der erfolgten Forderungsabtretung und einer etwaigen Erfüllung an den Zessionar berufen.

4. Desgleichen verweist der Drittbesitzer gegenüber der rei vindicatio des Erwerbers einer Massesache, der dieselbe vom Kridar erlangt hat, auf die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung und die hieraus sich ergebende Gefahr für den leistenden possessor.

Mit der Festlegung jener letzten beiden Punkte haben wir uns bereits in Gegensatz gesetzt zu der Ansicht, daß nur die Konkursgläubiger die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als unwirksam behandeln könnten. Der Wortlaut des § 7 KO. darf uns gegenüber den soeben angestellten konkreten Betrachtungen nicht zu einer Folgerung zwingen, welche wir als **praktisch undurchführbar** erkannt haben. Dieselben Gründe, welche uns bei der Erörterung des § 135 BGB. die Worte „nur . . . gegenüber unwirksam“ nicht in dem Sinne der herrschenden Ansicht auszulegen hießen, stützen zudem auch diese Ausführungen, wie der im folgenden näher anzugebende Zusammenhang in der Entstehungsgeschichte der §§ 7 KO. und 135 BGB. bestätigt. Die beste Hilfe, welche die streng grammatische Interpretation der herrschenden Ansicht in § 135 BGB. bot, fehlt endlich in § 7 KO. gänzlich. Es heißt dort nicht „nur . . . gegenüber unwirksam“ wie in § 135 BGB., sondern einfach „den . . . gegenüber unwirksam“ (ohne „nur“).

Der Wortlaut des § 7 KO. darf uns daher noch weniger als in anderen Fällen davon abhalten, der abstrakten Betrachtung die als zutreffend erkannten prak-

tischen Ergebnisse zugrunde zu legen. Diese aber ließen zutage treten, daß der debitor cessus und der Vindikationsbeklagte, also auch dritte Personen außer den Konkursgläubigern, sich auf die relative Unwirksamkeit aus den §§ 6 und 7 berufen dürfen.

Es handelt sich nach diesen Erörterungen nur noch um die Frage, ob wir in § 7 einen Fall **relativer Unwirksamkeit** von jener im Gange dieser Ausführungen **bisher beobachteten Ausgestaltung** feststellen, oder ob wir es mit absoluter Unwirksamkeit zu tun haben. Eines sei vorausgeschickt: Wenn man einseitig die Vorschrift des § 6 oder des § 7 KO. allein betrachtet und jeweils die andere Vorschrift nur als Ergänzung heranzieht oder gar außer Acht läßt, erscheint zwar die Betrachtung um vieles einfacher, aber auch um so leichter einseitig und angreifbar[6].

Die Hauptschwierigkeit bei positiver Begrenzung der Unwirksamkeit liegt eben darin, wie man das Verhältnis der ihrem Wortlaut nach bereits mitgeteilten §§ 6 und 7 KO. aufzufassen hat. Das Kammergericht[7] erklärt, daß § 6 den allgemeinen Grundsatz, die §§ 7 ff. einzelne Ausnahmen von demselben enthielten. Mit demselben Rechte kann man umgekehrt auch § 7 als Regel und § 6 als Ausnahme ansehen, denn § 7 trifft alle „Rechtshandlungen" des Gemeinschuldners

6. Dieser Vorwurf ist vor allem Schöller (DJZ. 1902 S. 165 ff.) nicht zu ersparen.

7. JRA. Bd. VIII S. 48.

in weitester Bedeutung, § 6 aber nur Verfügungs- und Verwaltungshandlungen, also ein engeres Gebiet.

Zutreffend ist es m. E., die §§ 6, 7 KO. nicht als Regel und Ausnahme zu betrachten, sondern als einheitliche Rechtsvorschrift. Die §§ 6 und 7 sind einander gleichwertig, erst beide zusammengenommen geben sie ein vollständiges und richtiges Bild von den Schicksalen der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. Die Bestimmungen der §§ 6 u. 7 KO. gehören so eng zusammen, daß sie eine einzige Vorschrift bilden, und sind in jedem Falle beide zu berücksichtigen.

Die Ansicht weiterhin, daß § 6 und § 7 zusammengenommen genau der Vorschrift des § 135 BGB. gleichen, wie sie Güthe[8] ausspricht, erschöpft den § 6 KO. nicht. Güthe beruft sich darauf, in den §§ 6, 7 KO. sei nicht ausgesprochen, daß die Konkurseröffnung wie ein Veräußerungsverbot wirke. Darum enthalte § 6 KO. das Verbot, er untersage dem Kridar die Veräußerung, ergänze also das fehlende Wort „Veräußerungsverbot", § 7 enthalte die Folgen der Ueberschreitung; und zwar sei das in § 6 ausgesprochene Verbot, wie sich aus der in § 7 sich findenden Folgerung ergebe, ein nur relatives genau wie in § 135 BGB. Diese Argumentation wird jedoch dem § 6 KO. nicht voll gerecht. Derselbe enthält mehr als eine bloße Umschreibung der Bezeichnung „relatives Veräußerungsverbot". Wir haben bei den Er-

8. S. 215.

örterungen zu § 135 BGB. gesehen, wie es eine Eigentümlichkeit des relativen Veräußerungsverbotes aus § 135 BGB. bildet, daß der Verbotsbetroffene zu jeder weiteren Verfügung fähig und **befugt** bleibt, nur daß die späteren Verfügungen an einem Rechtsmangel leiden. § 6 KO. greift weiter. Er betont ausdrücklich: „mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis . . .“ zu verwalten und zu verfügen. Der Gemeinschuldner handelt bei Verfügungen über Massegegenstände unbefugt — deutlich drückt sich das Gesetz hier aus. Es muß der Ansicht des Kammergerichts, daß der Gemeinschuldner zu Verfügungen auch nach der Konkurseröffnung „nicht unbefugt“ sei[9], widersprochen werden. Andererseits verliert aber der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung nicht die **Fähigkeit** zu verfügen, denn der Konkurs führt keine Einbuße der Geschäftsfähigkeit für den Kridar herbei. Es ist scharf zu scheiden zwischen Verfügungsbefugnis und Verfügungsfähigkeit. **Der Gemeinschuldner ist zwar nicht befugt, wohl aber fähig über Massesachen zu verfügen.** Diese Unterscheidung ist für die folgenden Darlegungen, besonders die des nächsten Paragraphen von Erheblichkeit.

Wir haben in § 6 KO. den Satz gelesen, der Kridar kann nicht über Massegegenstände verfügen. Nach der in der bisherigen Betrachtung wiederholt erprobten Regel müßten daher spätere Verfügungen des Gemein-

9. RJA. VIII S. 49, 52.

schuldners als eines der Verwaltungsbefugnis Beraubten gänzlich unwirksam sein, „wenn nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt".

Die Darstellung hat sich deshalb der schon einmal aufgeworfenen, jedoch damals noch unbeantwortet gelassenen Frage zuzuwenden, ob die Bestimmung des § 7 KO., daß Rechtshandlungen des Gemeinschuldners „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" sind, eine von der angeführten Regel abweichende Sonderbestimmung darstellt. Es ist, um direkt zu sprechen, folgende Erwägung anzustellen: Dem Kridar fehlt das Verwaltungsrecht. Wenn er gleichwohl Verfügungen vornimmt, so müßten sie nach dem allgemeinen Grundsatze völlig unwirksam sein. Will § 7 KO. diese Folge[10] noch einmal ausdrücklich aussprechen, oder trifft er für diesen Fall eine Sonderregelung, indem er die Rechtshandlungen des nicht verwaltungsbefugten Kridars nicht für gänzlich, sondern für „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" erklärt?

Es sind m. E. auf Grund der in § 7 KO. gegebenen Sonderregelung die von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen nur beschränkt unwirksam. Vereinbar ist es jedenfalls, daß die Rechtshandlungen eines des Verwaltungs-

10. Auch Hellmann, Konkursrecht (S. 252 A. 2) und Wilmowski (S. 61) fassen § 7 als Folge des § 6 auf. Zu weit gehen jedoch, wie schon S. 121 dargetan, die Ausführungen von Güthe S. 215, wenn sie aus der im § 7 enthaltenen Konsequenz auf ein dieser entsprechendes Grundprinzip rückwärts schließen.

rechts Entkleideten nicht gänzlich unwirksam sind; dies hat die Besprechung des § 148 ZVG. ergeben.

Daß die Rechtshandlungen des Kridars nicht völlig der Wirksamkeit entbehren, erhellt aus der Entwickelungsgeschichte des § 7 KO. sowie ganz besonders aus einer Verwertung der bisher gewonnenen Anhaltspunkte. Die historische Entwickelung des heutigen § 7 KO. zeigt, daß die Worte „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" nicht ohne jeden Belang sind. Zunächst wäre es sonst zwecklos gewesen, in der Novelle zur Konkursordnung vom 17. Mai 1898 die Fassung des früheren § 6, welche lautete „den Konkursgläubigern gegenüber nichtig" durch die Worte „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" zu ersetzen[11]. Hätten die Worte des § 7 KO. nur die Bedeutung, die **gänzliche** Wirkungslosigkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche sich schon aus der Regel des § 6 KO. ergibt, noch einmal zu betonen, so hätte das Wort „nichtig" zu der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs recht gut gepaßt. Nur die Wendung „**den Konkursgläubigern gegenüber** nichtig" findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht[12]. Anstelle dieser Worte hat nun die Novelle auch nicht einfach „nichtig" oder „unwirksam" ge-

11. Die Veränderung hängt mit der in Teil II unten S. 186 zu besprechenden besonderen Begriffsbildung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammen.

12. Systematisch sind die Unterschiede der relativen Unwirksamkeit und der relativen Nichtigkeit in dem eigens diesem Thema gewidmeten § 3 Teil II behandelt.

sagt, sondern den „Konkursgläubigern gegenüber unwirksam“. Außer Acht kann gelassen werden, daß die Wendung „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam“ im übrigen für das Vorliegen nur beschränkter Unwirksamkeit symptomatisch ist — diese Deduktion hat im Falle des § 186 HGB. versagt —, es ist auch nicht entscheidendes Gewicht auf die Motive[13] zur Konkursordnung[14] zu legen, welche die Beschränkung der Unwirksamkeit in § 7 KO. hervorheben. Ueberzeugend ist, daß zu diesen Momenten noch der bereits erwähnte Zweck des § 7 als unterstützend hinzutritt. Die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners ist geschaffen, damit dieser durch weitere Verfügungen nicht die Masse verringere. Vor allem aber ist in dieser Richtung an die Feststellungen zu erinnern, welche wir bei Anstellung der Erwägungen vom praktischen Gesichtspunkte aus getroffen haben. Wir sind dort zu Einschränkungen der Unwirksamkeit gelangt, sowohl auf dem Gebiet obligatorischer Verträge, als auch auf dem von Verfügungen. Kurz, Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt ,sind nicht in vollem Umfange, sondern nur beschränkt unwirksam.

Rückwirkend hat die Entwicklung des Problems bisher folgende Elemente für die Vornahme weiterer

13. Beachtenswert sind diese sicherlich, aber die Motive geben nicht den Willen „des Gesetzgebers“ ohne weiteres wieder, wie das KG. a. a. O. S. 50 wohl nicht ganz genau sich ausdrückt.

14. Hahn, Materialien S. 61.

Erwägungen gezeitigt: Der Gemeinschuldner verliert durch die Konkurseröffnung — anders als durch den Erlaß eines relativen Veräußerungsverbots — die **Befugnis**, Verwaltungs- und Verfügungshandlungen vorzunehmen. Vollzieht er trotzdem eine Verwaltungs- oder Verfügungshandlung kraft der ihm innewohnenden Verfügungsfähigkeit, so sind die unbefugt geschehenen Verwaltungsgeschäfte nicht absolut, sondern nur beschränkt unwirksam.

Die überwiegend vertretene Meinung[15], welche dahin geht, daß nur für die Konkursgläubiger die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unwirksam seien, ist bereits an der Hand konkreter Beispiele als schlechthin undurchführbar abgelehnt worden. Es gilt daher, eine andere Umgrenzung der Unwirksamkeit zu finden.

Als selbstverständlich ist in den voranstehenden Darlegungen vorausgesetzt worden, daß nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unwirksam seien, welche Massegegenstände betreffen. In der Tat ergibt sich diese Einschränkung, sobald die §§ 6, 7 als einheitliche Vorschrift aufgefaßt werden, weil § 6 nur von einem Verlust des Verwaltungsrechts des Gemein-

15. Zu ihren Anhängern zählen Biermann Bd. I S. 173, 177, Güthe S. 215, Crome S. 350, Seuffert S. 72, Wendt S. 43, Staudinger I S. 441, in der Rechtsprechung das Kammergericht (JKA. Bd. 22 S. 129 ff. u. JRA. Bd. VIII S. 49 ff.); Jäger hat diesen Standpunkt, den er ebenfalls ursprünglich (1. Aufl. S. 75) eingenommen hat, jetzt (3. Aufl. Anm. 7 u. 9 zu § 7 KO.) aufgegeben.

schuldners an der **Masse** spricht. Bei der uns hier zufallenden Aufgabe, die Unwirksamkeit aus den §§ 6 und 7 KO. zu bestimmen, erweist sich der Wert der vorangeschickten Besprechung konkreter Rechtsfälle. Wir haben gesehen, daß die Inbesitznahme eines aus dem Gewahrsam des Verwalters gelangten Massegegenstandes durch den Gemeinschuldner vollwirksam ist. Unbedenklich ist dem Oberlandesgericht Colmar[16] beizupflichten, welches dieses Ergebnis allgemeiner faßt. „Die Konkursordnung verbietet dem Gemeinschuldner nur solche Rechtshandlungen, welche den Bestand der Konkursmasse zu gefährden geeignet sind, nicht aber solche, die ihre Erhaltung bezwecken". Der debitor cessus einer zur Masse gehörigen Forderung und der Vindikationsbeklagte durften nicht an den Erwerber des Massegegenstandes leisten, da gegen sie die Unwirksamkeit des Uebertragungsgeschäftes gilt. Obligatorische Verträge über die Masse stören an sich die Gläubiger nicht, nur die Zwangsvollstreckung auf Grund derselben in die Masse brauchen diese nicht zu dulden. Wird eine Leistung auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit gemacht, so brauchen die Konkursgläubiger sich nur als befriedigt zu erklären[17], wenn die Leistung tatsächlich der Konkursmasse zugeflossen ist, § 8 KO.

Es geht durch alle diese Angaben ein gemeinsamer Zug. Die Unwirksamkeit trifft nicht willkürlich ein-

16. I. Ziv.-Sen. vom 28. Okt. 1904 OLGRspr. Bd. X S. 147.

17. Abgesehen von dem Schutze des guten Glaubens in Abs. 2 und 3 des § 8.

zelne Handlungen des Gemeinschuldners, andere nicht, sondern es drängt sich der Eindruck auf, als ob die Unwirksamkeit nur zur Sicherung und Zusammenhaltung der Masse für die Befriedigung der Gläubiger besteht, als ob Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nur insoweit unwirksam sind, als sie das Interesse der Konkursgläubiger verletzen. In diesem Punkte berührt sich diese Erörterung mit der Auffassung von Jaeger[18], Derselbe gibt freilich das gemeinsame Interesse der Konkursgläubiger als **endgültigen** Begrenzungsmaßstab der Unwirksamkeit des § 7 KO. Diese Anschauung vermag ich nicht zu teilen.

Wenn man sagt, daß die Unwirksamkeit aus § 6 und § 7 KO. im „Interesse" der Konkursgläubiger bestehe, so hat man damit eine recht brauchbare Handhabe zur Abgrenzung der Unwirksamkeit in einem konkreten Rechtsfalle gewonnen. Für eine abstrakte Betrachtung, welche für alle in den §§ 6, 7 KO. geregelten Rechtslagen das einschlägige Kriterium zu suchen sich bestrebt, kann ein solches Ergebnis nicht genügen. Der Begriff des „Interesses" der Konkursgläubiger ist kein rechtlicher, der Maßstab des Interesses ist ein rechnerischer und wirtschaftlicher. An dieser Stelle dürfen wir daher nicht stehen bleiben, sondern wir müssen prüfen, welche Rechtsbeziehungen sich hinter dem „Interesse" verbergen.

Die rechtlichen Beziehungen der Konkursgläubiger, in denen das „Interesse" derselben besteht, sind die-

18. Konkursordnung S. 104.

jenigen zur Konkursmasse. Soweit deren Schutz es erheischt, sind die Rechtshandlungen des Kridars unwirksam. Sobald wir nun vorwärts schreiten, tritt uns das Problem entgegen, welches die rechtliche Natur jener Beziehungen der Konkursgläubiger zur Masse ist. Besser ist es, wir lassen die bisher gebrauchte vorsichtige, aber allzu unbestimmte Wendung „rechtliche Beziehungen zur Masse" beiseite und fragen: **gegenüber welchen Rechten hinsichtlich der Konkursmasse besteht die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners?**

Indem wir das Kriterium aufstellen, daß die Unwirksamkeit gegenüber einem Recht hinsichtlich der Masse eintritt, eröffnet sich vor uns die große Zahl der Theorien über die Rechte der Konkursgläubiger in Bezug auf die Konkursmasse. Es würde nun gänzlich abseits von dieser Darstellung führen, wollten wir auf Grund einer eingehenden Betrachtung Stellung zu diesen einzelnen Ansichten nehmen. Hier kommt es nur darauf an, aus jeder beachtlichen Auffassung von der Wirkung der Konkurseröffnung ein passendes Kriterium für die Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Kridars zu schöpfen. Darum wird es am vorteilhaftesten sein, die wichtigsten der bestehenden Theorien in dem angedeuteten Sinne zu untersuchen!

Auszuschalten ist allerdings von vornherein die Auffassung der Motive zur Konkursordnung[19], die den

19. S. 14 ff., 18, 350 ff.

Konkursgläubigern einen besonderen privatrechtlichen „Konkursanspruch“ auf ausschließliche Befriedigung aus der Masse zugestehen. Hier könnte man zwar sagen, daß die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Kridars relativ gegenüber diesem Konkursanspruch besteht, soweit derselbe durch die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners beeinträchtigt würde, d. h. das aufgefundene Kriterium versagt auch hier nicht. Allein die Grundauffassung der Motive findet mit Recht weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur mehr Unterstützung; denn die Forderung des einzelnen Konkursgläubigers gegen den Kridar als solche ändert sich mit der Konkurseröffnung in ihrem Bestehen nicht, und ein gemeinsamer obligatorischer Anspruch sämtlicher Konkursgläubiger gegen den Gemeinschuldner desselben Inhalts wie die ursprünglichen Forderungen wäre neben denselben zudem überflüssig.

Für die Anhänger der Theorie eines dinglichen Beschlagrechtes der Konkursgläubiger an der Konkursmasse[20] besteht nach dem angegebenen Umgrenzungsmaßstab die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber diesem pfandähnlichen Recht der Gläubiger an der Masse.

Eine andere Auffassung sieht die wesentlichste Wirkung der Konkurseröffnung in dem Verluste des

20. Kohler, Lehrbuch S. 102; derselbe, Leitfaden S. 76 A. 3, 74; Hellmann S. 625; Seuffert § 25; Staudinger II, 1 S. 324.

Verwaltungsrechts des Kridars über einen Teil seines Vermögens, die Konkursmasse, und die hierdurch bewirkte Sonderstellung derselben[21]. Trotz mannigfacher Abweichungen im Einzelnen sind aber gerade die Anhänger dieser Meinung darin einig[22], daß das Verwaltungsrecht, welches der Kridar einbüßt, nicht auf die Konkursgläubiger übergeht und auch von dem Konkursverwalter, der dasselbe § 117 KO. zufolge ausübt, nicht als Vertreter der Konkursgläubiger geltend gemacht wird. Demnach besteht die Unwirksamkeit nach dieser Auffassung gegenüber dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters an der Masse, sei es daß man mit dem Reichsgericht dasselbe als ein eigenes Recht des Verwalters[23], sei es, daß man es mit Hellwig (a. a. O.) als ein in Vertretung der Masse geführtes ansieht.

Das von uns aufgestellte Kriterium ist also eng verwachsen mit der Grundauffassung von den Rechten der Konkursgläubiger in Bezug auf die Konkursmasse. Die Veränderlichkeit des Maßstabs je nach der zugrunde gelegten Theorie über die angegebene Frage bedeutet keinen Mangel derselben. In letzter Linie hat man sich eben bei allen Problemen, welche die Wir-

21. Hellwig, Lehrbuch S. 308, 309, Anspruch u. K. S. 241. Zur Ergänzung sei zu den folgenden Ausführungen verwiesen auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ. 65 S. 65 und 262, RGZ. 69 S. 90, JW. 98 S. 192 Nr. 100, auch RGZ. 48 S. 166.

22. Vgl. auch Wilmowski S. 24.

23. Z. B. RGZ. 54 S. 122.

kung der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner betreffen, zunächst über die rechtliche Stellung der Konkursgläubiger zu demjenigen Teil des Gemeinschuldnervermögens, welcher die Konkursmasse bildet, schlüssig zu werden. Dann jedoch gewährt uns, wie soeben zu zeigen gesucht, das jetzt bestimmter anzugebende Kriterium eine Möglichkeit, die Grenze der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners allgemein zu bestimmen. Die Unwirksamkeit besteht proportional der Tragweite desjenigen Rechtes, welches zur Sicherung der ausschließlichen Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse besteht.

Vollends verflüchtigt sich die Zweiung, welche sich vordem in der Konstruktion bemerkbar gemacht hat, wenn man an die Durchsetzung der Unwirksamkeit geht. Die Anhänger der Lehre vom Verwaltungsrecht sagen: das Recht, relativ dem die Unwirksamkeit besteht, ist ein solches der Masse oder des Verwalters, wird aber in jedem Falle von dem Konkursverwalter ausgeübt, § 117 KO.. Die Theorie des Beschlagsrechts folgert: das Beschlagsrecht ist ein gemeinsames Recht der Konkursgläubiger, dasselbe wird jedoch von dem Konkursverwalter geltend gemacht, § 117 KO.

Ueberraschend einfach ist das Resultat dieses ganzen Gedankenganges, der zu einer Ausgleichung der Theorien wenigstens in dem uns hier beschäftigenden Punkte führt. **Die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche derselbe unbefugt über die Konkursmasse vornimmt, besteht relativ demjenigen Rechte (Beschlags-Verwaltungsrechte) gegen-**

über, welches der Konkursverwalter über die Masse ausübt.

§ 7 KO. enthält also einen Fall relativer Unwirksamkeit in dem Sinne wie sie in der bisherigen Darstellung uns erschienen ist.

Das von dem Verwalter wahrgenommene Recht, sowohl das Beschlagsrecht als auch das Verwaltungsrecht, ist ein absolutes, gegen jedermann gerichtetes, und so können sich eben auch der debitor cessus und der Besitzer gegenüber der Klage des Erwerbers auf die in Ausdehnung des absoluten Rechtes eintretende Unwirksamkeit berufen. Die Besitzergreifung an dem entlaufenen Pferde durch den Kridar beeinträchtigte in keiner Richtung das von dem Konkursverwalter über die Masse ausgeübte Recht, daher war sie vollwirksam. Schließt der Gemeinschuldner einen obligatorischen Vertrag über einen Massegegenstand, so stört dies den Verwalter nicht im geringsten in seiner Befugnis, einen weiteren Vertrag jedweden Inhalts bezüglich desselben Gegenstandes abzuschließen. Darum liegt kein Grund vor, den vom Gemeinschuldner eingegangenen Vertrag der Wirksamkeit zu berauben. Sollte aber eine Zwangsvollstreckung aus einem solchen Vertrage in einen Massegegenstand erfolgen, so würde durch jene Maßregel der betreffende Gegenstand ja aus der Konkursmasse entfernt und so dem Konkursverwalter entzogen werden — die Vollstreckung mußte in § 15 Abs. 1 KO. zwecks Abwendung einer Beeinträchtigung des von dem Konkursverwalter auszuübenden Rechtes untersagt werden.

Der aufgestellte Maßstab bestätigt demnach die Entscheidungen, welche wir auf Grund verschiedenartiger Erwägungen im Einzelfalle für richtig befunden haben und läßt hierdurch erkennen, daß wir nunmehr zu einem geeigneten gemeinsamen rechtlichen Untergrund gelangt sind.

Die relative Unwirksamkeit tritt auch im vorliegenden Falle ipso iure ein. Nicht ist zu ihrer Geltendmachung, wie bei dem später zu besprechenden § 29 KO. eine Anfechtungserklärung notwendig; die betr. Person kann ohne weiteres die Rechtshandlung des Gemeinschuldners in dem angegebenen Umfange als unwirksam behandeln[24]. Eine Folgeerscheinung auf dem Gebiete des Prozeßrechts ist es, daß demjenigen, welcher vom Gemeinschuldner ein Recht auf relativ unwirksame Weise erworben hat und diesen Sachverhalt im Prozesse als Kläger vorträgt, auf Antrag ein Versäumnisurteil bei Ausbleiben des Beklagten nicht zu gewähren ist, da das klägerische Vorbringen wegen der für Jedermann bestehenden relativen Unwirksamkeit des Klagegrundes den Antrag nicht rechtfertigt, § 331 Abs. 2 ZPO.[25].

---

24. Irrtümlich war die Auffassung von Mitteis in Iherings J. Bd. 28 S. 115, 116, 128, 129, daß in § 6 der früheren KO. das Rechtsgeschäft zunächst besteht und durch formlose Geltendmachung vernichtet wird. Mitteis hat selbst seine frühere Auffassung „Römisches Privatrecht" S. 242 A. 22 neuerdings für unrichtig erklärt. Die neuere Anschauung von Mitteis soll in Teil II § 3 im Zusammenhang besprochen werden.

25. Ebenso Petersen-Kleinfeller S. 56. Diese Auffassung bedeutet keine Abweichung von dem Satze, daß die relative

Die relative Unwirksamkeit aus den §§ 6, 7 KO. wird geheilt durch Genehmigung seitens des Konkursverwalters (vgl. die oben S. 26, 51 gegebene Argumentation aus § 185 BGB.). **Die relative Unwirksamkeit** von Rechtshandlungen des Kridars **erlischt** desgleichen mit dem Wegfall des vom Konkursverwalter hinsichtlich der Masse wahrgenommenen Rechtes, zu dessen Schutze sie besteht, d. h. im wesentlichen **mit der Beendigung des Konkurses.** Insoweit das vom Verwalter ausgeübte Recht den Konkursschluß überdauert, siehe z. B. § 166 KO., trifft auch noch nachfolgende Handlungen des früheren Gemeinschuldners die relative Unwirksamkeit[26]. Ohne weiteres konvaleszieren relativ unwirksame Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wenn das Konkursverfahren geschlossen wird, ohne daß der Konkursverwalter die relative Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts vordem geltend gemacht und eine von diesem abweichende Rechtshandlung selbst getroffen hat. Dies ergibt die Erwägung, daß gemäß § 185 Abs. 2 BGB. Verfügungen eines Nichtberechtigten wirksam werden, wenn der Verfügende den betr. Gegenstand erwirbt; wieviel eher muß diese Folge eintreten, wenn der Verfügende an sich Subjekt des Rechtes war und später nur das ihm zur Zeit der Vornahme der Verfügung mangelnde Recht wieder erlangt,

---

Unwirksamkeit nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, da hier die relative Unwirksamkeit der Rechtshandlung von der einen Partei vorgetragen und nach § 331 II ZPO. als zugestanden angesehen wird.

26. Die Frage findet bei Wilmowski S. 64 Z. 7 eine eingehende Würdigung.

nach seinem Belieben über sein Recht zu verfügen (argumentum a maiore ad minus). Hat der Kridar während der Dauer des Konkurses über einen Massegegenstand verfügt, und hat sodann der Verwalter seinerseits eine zweite Verfügung über denselben Gegenstand zugunsten einer anderen Person getroffen, so wird die Verfügung des Gemeinschuldners nicht mit dem Konkursschluß wirksam. Die erste Verfügung über den Massegegenstand war nämlich unwirksam, da sie in vollem Umfange einen Eingriff in die Verwaltungstätigkeit des Konkursverwalters enthielt. Der Konkursverwalter konnte deshalb seinerseits verfügen, als ob der betreffende Gegenstand noch zur Masse gehörte. Durch die folgende demnach wirksame Verfügung des Verwalters wird der Gegenstand aus dem Vermögen des Kridars endgültig herausgebracht, und die Unwirksamkeit der ersten von dem Gemeinschuldner selbst vorgenommenen Verfügungen kann mit dem Schluß des Konkurses schon aus dem Grunde nicht behoben werden, weil der Kridar an dem ihm nicht mehr zustehenden Gegenstand das Verfügungsrecht nicht wiedererlangt.

Nachdem das Wesen der Unwirksamkeit aus den §§ 6 und 7 KO. und ihre Umgrenzung erörtert worden sind, haben wir auf diejenigen abweichenden Ansichten in der Literatur einzugehen, welche uns in den bisherigen Ausführungen noch nicht begegnet sind. Zur Widerlegung aller der Schriftsteller, welche in den §§ 6 und 7 KO. Fälle absoluter Unwirksamkeit aus dem

Grunde erblicken, weil sie die relative Unwirksamkeit als Begriff überhaupt ablehnen[27], ist auf die Darlegungen über die rechtliche Natur und die logische Berechtigung des Instituts der relativen Unwirksamkeit zu verweisen, welche in Teil II § 4 der Darstellung enthalten sind.

Einschneidende Einwendungen gegen die Annahme relativer Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners leitet Eccius[28] aus den Bestimmungen der §§ 6 und 7 KO. selbst her; im Ergebnis stimmt ihm Mitteis[28*] zu. Und zwar sucht Eccius eine, Relativität der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Kridars behauptende Meinung ad absurdum zu führen, indem er sie auf grundbuchrechtlichem Gebiete als undurchführbar bezeichnet. Er setzt auseinander, das einzige Mittel, eine ordnungsmäßig im Grundbuch eingetragene Verfügung des Gemeinschuldners „unschädlich zu machen", würde § 888 Abs. 2 BGB. bieten. Da aber im vorliegenden Falle der §§ 6, 7 KO. weder ein Veräußerungsverbot vorhanden sei, noch auch jener in § 888 Abs. 2 ausdrücklich als vorhanden geforderte „Anspruch" sich finde, welchen das Verbot zu sichern bestimmt sei, so könne § 888 Abs. 2 BGB. nicht, wie bei Verstößen gegen ein relatives Veräußerungsverbot (§ 135) helfend eingreifen. Eine andere Möglichkeit, die relative Unwirksamkeit von Immobiliarverfügungen des Ge-

27. wie Predari LZ. 1909 S. 459, Fitting S. 292.
28. Gruchot Bd. 50.
28*. „Privatrecht" S. 242.

meinschuldners durchzusetzen, sei nicht gegeben. Darum müsse man das Prinzip, die Annahme relativer Unwirksamkeit, fallen lassen.

Die Beweisführung von Eccius erscheint nicht völlig überzeugend; denn selbst wenn man den die Anwendbarkeit von § 888 BGB. verneinenden Vordersatz als zutreffend anerkennt[29], so ist doch zu bestreiten, daß allein mit Hilfe des § 888 BGB. die der relativen Unwirksamkeit aus § 7 KO. entsprechende Rechtslage sich herstellen ließe.

Der Konkursverwalter kann, wenn es sich um die Eigentumsübertragung an einem Massegrundstück durch den Kridar handelt, den Eigentumsübergang auf den Erwerber — weil in ganzer Ausdehnung seinem Recht über die Masse widersprechend — als unwirksam unbeachtet lassen und gegen den Dritten die rei vindicatio anstrengen. Durch diese Klage ist der Konkursverwalter in den Stand gesetzt, das Grundstück tatsächlich in die Masse zurück zu schaffen[30]. Eine Gefahr droht jedoch, wie Eccius meint, den Konkursgläubigern daraus, daß der Erwerber, dem der Gemeinschuldner aufgelassen hat, im Grundbuch ein-

29. Wenn auch diesem Gedanken der Ablehnung des § 888 Abs. 2 BGB. in den Ausführungen des Textes zugestimmt wird (ebenso Jaeger S. 105), so möchte ich doch eine analoge Anwendung des § 888 Abs. 2 damit nicht von der Hand gewiesen haben, vgl. oben S. 113.

30. Es besteht aber unmöglich die von Rehbein I S. 177 angenommene facultas für den Konkursverwalter auf Rückauflassung zu klagen.

getragen bleibt. Weiter schließt nun Eccius — die Reihenfolge der Gedanken ist genau zu beachten! —: da mit Hilfe des § 888 Abs. 2 BGB. der gefährdende Eintrag des vom Gemeinschuldner Erwerbenden durch den Verwalter nicht beseitigt werden kann, so zeigt sich hier, daß man mit der Annahme relativer Unwirksamkeit nicht weiterkommt. Man muß absolute Unwirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners annehmen, solange der Konkurs andauert[31], und wegen der absoluten Unwirksamkeit dem Gemeinschuldner das Grundbuch sperren, sodaß eine Lage wie die soeben bezeichnete nicht eintreten kann.

Meine Auffassung geht auch dahin, daß dem Gemeinschuldner das Grundbuch zu sperren und auf diese Weise die von Eccius geschilderte prekäre Lage zu vermeiden ist. Eccius kommt zu diesem Resultat, indem er zunächst die relative Unwirksamkeit aus § 7 KO. ablehnt und erst aus der Annahme absoluter Unwirksamkeit die Schließung des Grundbuchs ableitet. Umgekehrt ziehen das Kammergericht[32] und Kohler[33] aus der Relativität der Unwirksamkeit — welche die Genannten allerdings, wie wir sahen, abweichend von der hier vertretenen Ansicht begrenzen — den Schluß, daß das Grundbuch für Verfügungen des Gemeinschuldners offenstehe[34].

---

31. Schwebende Unwirksamkeit, über diese vgl. Teil II S. 224 Anm. 2.

32. JKA. Bd. XXII S. 132 u. JRA. Bd. VIII S. 51.

33. a. a. O. S. 176 Anm. 3.

34. Im Ergebnis schließen sich dem Kammergericht an:

§ 9.

Die grundbuchrechtliche Gestaltung bei Verfügungen des Gemeinschuldners.

Die Vertreter beider einander entgegengesetzten Meinungen stimmen also in dem Gedanken überein: Aus der Voraussetzung relativer Unwirksamkeit folgt, daß das Grundbuch für Verfügungen des Kridars offensteht, aus der Annahme absoluter Unwirksamkeit ergibt sich die Grundbuchsperre.

Dieser Verknüpfung der Ideen vermag ich mich nicht anzuschließen. Es besteht m. E. kein derartig enger Zusammenhang zwischen dem Vorliegen einer beschränkten Unwirksamkeit und dem Offenstehen des Grundbuchs für den Gemeinschuldner, daß beide Tatsachen zu einander in dem Verhältnis von Voraussetzung und rechtlich notwendiger Folge stehen. Ja, es soll sogar der Nachweis erstrebt werden, daß trotz unserer Auffassung einer nur relativen Unwirksamkeit von Verfügungen des Kridars das Grundbuch für Verfügungen desselben geschlossen ist. Wenn das Problem hier eingehender erörtert wird, als es vielleicht im Verhältnis zu dem Umfang dieser Darstellung angemessen erscheinen mag, so geschieht dies, weil gerade nach der vorstehend gegebenen Schilderung von den Anhängern wie von den Gegnern einer beschränkten Unwirksamkeit auf die Frage des formellen Grundbuchrechts allgemein besonderes Gewicht gelegt wird.

v. Sarwey-Bossert S. 92, Güthe S. 215, Wilmowski S. 84, Achilles-Strecker S. 121, Planck III S. 205 A. 7 mit S. 78, E. Fuchs I S. 164.

Eccius sieht die Notwendigkeit der Grundbuchsperre darin begründet, daß bei der Rechtslage, in welcher der vom Gemeinschuldner Erwerbende im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war, gutgläubige Dritterwerber zufolge § 7 Abs. 1 Satz 2 KO. in Verbindung mit § 892 BGB. Eigentum an dem Massegrundstück erlangen und dieses so aus der Konkursmasse bringen könnten.

Es ist sicherlich zutreffend, daß der gutgläubige Dritterwerber — derjenige, welcher von dem Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners erwirbt — das Eigentum an dem Grundstück erlangt, wenn nicht der Vorschrift des § 113 KO. Genüge geschehen und bei dem Grundstück der Vermerk über die Eröffnung des Konkurses eingetragen ist.

Diesen Erfolg will aber Eccius auch dann eintreten lassen, wenn der Vermerk ordnungsgemäß in Abteilung II bei dem betreffenden Grundstück aus dem Buche ersichtlich ist, er bezeichnet die Anschauung des Kammergerichts, welches hier dem Dritterwerber den Schutz des § 892 BGB. nicht zubilligt, als „Selbstbetrug". Der Angriff von Eccius ist aber schwerlich gerechtfertigt. Er nimmt in seinen Ausführungen S. 482 an, daß nur das W i s s e n von der Unwirksamkeit des eingetragenen Rechts des Ersterwerbers den Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers hindert, und fügt hinzu, daß die Eintragung des Konkursvermerks nicht die Folgerung begründen kann, der Dritte habe die Unwirksamkeit des eingetragenen Rechtes gekannt. Die Anwendbarkeit des zweiten Satzes vom ersten Absatz

des § 892 BGB., welcher zugunsten bestimmter Personen getroffene, im Grundbuch eingetragene Verfügungsbeschränkungen auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber in Wirksamkeit erhält, scheint bei Eccius Bedenken zu begegnen. Der Konkursvermerk ist meiner Ansicht nach ein solcher zugunsten bestimmter Personen bestehender Vermerk. Selbst wenn man aber anderer Auffassung ist, läßt sich die Meinung des Kammergerichts, (die in dessen Urteilen übrigens nach dieser Richtung hin keine besondere Begründung erfahren hat) verteidigen.

Nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB. gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, soweit dem Erwerber nicht die Unrichtigkeit des Buchinhalts bekannt ist. Der Inhalt des Buches zeigt aber dem Dritten, das Recht seines auctor ist mangelhaft, weil ihm der Kridar aufgelassen hat; denn auch nach der Veräußerung durch den Kridar an den Ersterwerber bleibt bis zum Schlusse des Konkurses der Vermerk in Abteilung II stehen, daß der direkte Vormann des Ersterwerbers in Konkurs gefallen ist oder zu der entscheidenden Zeit sich schon in demselben befand, also der Ersterwerber selbst nicht Vollberechtigter sein kann. Die Verfügungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung sind nach Maßgabe des § 7 KO. unwirksam, sodaß der **Ersterwerber**, wenn der Konkursvermerk eingetragen war, nicht des Schutzes aus § 892 teilhaftig sein konnte. Aus dem Inhalte des Grundbuchs — als solcher gilt das ganze Grundbuchblatt des betr. Grundstücks also auch der in Abteilung II eingetragene Konkursvermerk

— geht für den **Dritterwerber** jener Mangel des Rechtes des Ersterwerbers hervor, und, da nur der Inhalt des Grundbuchs für den Dritterwerber als richtig gilt, erwirbt, wenn der Konkursvermerk zu der Zeit der Verfügung des Gemeinschuldners an den Ersterwerber bereits eingetragen war, auch der Dritterwerber kein wirksames Recht an dem Grundstück[1].

Da nun Verfügungen des Gemeinschuldners vom Grundbuchrichter ordnungsgemäß nur dann eingetragen werden sollen, wenn gleichzeitig die Konkurseröffnung im Grundbuch vermerkt wird[2], so beschränkt sich die Gefährdung der Konkursmasse an dem von Eccius angegebenen Punkte auf die Ausnahmefälle:

1. in denen der Konkursvermerk ordnungswidriger Weise nicht eingetragen wird,

2. in denen der Dritte unabhängig vom Rechte des Ersterwerbers ein Recht an dem Grundstück erwirbt, z. B. durch Tabularersitzung § 900 BGB.

3. Eine Gefährdung ist aber nicht einmal vorhanden, wenn der gutgläubige Dritte nach Beendigung des Konkurses und Löschung des Vermerks mit einem Ersterwerber kontrahiert, welcher selbst während des Konkurses sein Recht von dem Gemeinschuldner erlangt hatte. Entweder hat hier der Konkursverwalter während des Konkurses keine weitere Verfügung getroffen, dann ist der Rechtserwerb des Erst- und des

---

1. Diese Meinung vertreten auch Wilmowski S. 66, Turnau-Förster S. 160—161, Staudinger III S. 162.

2. So das Kammergericht in RJA. Bd. VIII S. 52, nachdem es noch in JKA. Bd. 30 S. 268 sich unbestimmt geäußert hatte.

Dritterwerbers überhaupt wirksam. Oder der Konkursverwalter hat sich über die Verfügung des Gemeinschuldners hinweggesetzt, dann ist die vom Konkursverwalter vorgenommene weitere Verfügung aus dem Grundbuch ersichtlich und guter Glaube des Dritterwerbers ausgeschlossen.

Die Fälle, in denen wir eine Gefährdung der Masse durch den Erwerb gutgläubiger Dritter in der Weise für möglich halten, wie sie Eccius ganz allgemein annimmt, sind also auf zwei bestimmte Rechtslagen einzuschränken. Diese sind so überaus selten, daß ihre Berücksichtigung allein uns nicht dazu bewegen dürfte, dem Gemeinschuldner das Grundbuch zu sperren.

Vielmehr ist wiederum anzuknüpfen an die einleitenden Worte zu Beginn dieser Erörterungen. Wir waren dort im Anschluß an Eccius zu dem Ergebnis gelangt, für den Fall, daß der vom Gemeinschuldner Erwerbende im Grundbuch eingetragen war, stände § 888 Abs. 2 BGB. nicht als Mittel zu Gebote, um die Eintragung zu beseitigen. Wir hatten gesehen, daß fast allgemein Grundbuchsperre und absolute Unwirksamkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners miteinander verknüpft werden, und es als nicht undankbare Aufgabe bezeichnet, im Gegensatz zu dieser herrschenden Meinung den Nachweis zu versuchen, daß mit der Beantwortung der Frage, ob relative oder absolute Unwirksamkeit aus den §§ 6, 7 KO. entspringt, das Problem der mit der Konkurseröffnung eintretenden Grundbuchsperre noch nicht erledigt ist. Wir sind auch

bereits soweit gelangt, daß die von Eccius bei dieser Verbindung der beiden Ideen angeführten Fälle für eine nicht völlig befriedigende Motivierung der Grundbuchsperre erachtet werden konnten.

So wenig wie § 888 Abs. 2 BGB. schafft uns die Berichtigungsklage aus § 894 BGB. Abhilfe, wenn es sich darum handelt, den eingetragenen Erwerber aus dem Grundbuch zu entfernen; ist nämlich der Konkursvermerk gehörig nach § 113 KO. gebucht, so stimmt, wie Dernburg[3], zutreffend bemerkt, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage überein, indem sich aus ihm ergibt, daß der Eigentumsübergang nach oder zugleich mit dem die Konkurseröffnung angebenden Vermerk eingetragen, also mangelhaft ist.

Wir kommen erst positiv einen Schritt weiter, wenn wir nicht, wie die herrschende Meinung, einseitig vom Standpunkt des Konkursrechts an die Frage der Grundbuchsperre herantreten und nicht auch über sie aus § 7 KO. allein Aufschluß suchen.

Treffend weist den an dieser Stelle notwendigen Uebergang in das Gebiet des formellen Grundbuchrechts der von Predari[4] geäußerte Gedanke, daß aus dem gleichen Zwecke der §§ 135 BGB. und 7 KO. noch nicht folgt, daß das Gesetz auch dieselben Mittel zur Erreichung des Konkurszweckes wie des relativen Veräußerungsverbotes angewandt wissen will. „Eine

3. Bd. I S. 414 A. 5; vgl. auch OLG. Dresden vom 1. März 1902, Recht 1902 S. 236.

4. Grundbuchordnung S. 312, LZ. 1907 S. 456.

logische Forderung ist das gewiß nicht“ (Predari a. a. O.). Wir vermögen aber Predari[5] auf dem von ihm eingeschlagenen Wege nicht weiter zu folgen; wir wollen nicht mit diesem jegliche Verbindung unserer Frage mit dem Konkursrecht beseitigen und dieselbe ausschließlich „nach den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs und des Lebens“ d. h. nach der ratio des formellen Grundbuchrechts beantworten.

Das Problem, welches uns beschäftigt, zerfällt m. E. in zwei Unterfragen, deren erste dem Grundbuchrecht und deren zweite dem Konkursrecht angehört. Die erste lautet: Ist das Grundbuchamt verpflichtet, Verfügungen eines zu ihrer Vornahme unbefugten Rechtssubjektes einzutragen, die zweite: Ist der Gemeinschuldner zu grundbuchrechtlichen Verfügungen unbefugt? Zur besseren Wahrung des Zusammenhanges beschäftigen wir uns zunächst mit der logisch an zweiter Stelle stehenden Frage nach der Verfügungsbefugnis des Kridars. Wir erinnern uns, daß wir dieselbe in § 8 besprochen haben und zu einer der Ansicht des Kammergerichts entgegengesetzten Ueberzeugung gelangt sind; der Gemeinschuldner verliert infolge der Bestimmung des § 6 KO. die Befugnis, Verfügungen über Massegegenstände zu treffen, und, wenn er gleichwohl über solche Gegenstände verfügt, so sind diese Verfügungen gemäß § 7 KO. zwar nur

---

5. Ebenso wie Predari äußert sich Biermann, Sachenrecht S. 81.

relativ unwirksam, bleiben aber nichtsdestoweniger § 6 zufolge unbefugte.

Eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt nach § 19 GBO., „wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird“. Wenn der Träger des durch die Verfügung betroffenen Rechts nicht die Verfügungsbefugnis hat, so kann die von ihm ausgehende Eintragungsbewilligung nicht ausreichen; das Grundbuchamt ist verpflichtet, die Eintragung zu verweigern[6]. Wohl ist der Grundbuchrichter nicht verpflichtet, nach Beschränkungen der Verfügungsbefugnis desjenigen zu forschen, dessen Einwilligung nach § 19 GBO. zur Eintragung erforderlich erscheint. Ist aber dem Grundbuchamt der Verlust der Verfügungsbefugnis des gemäß § 19 GBO. seine Einwilligung zu der Eintragung Erteilenden bekannt, so gebietet das auf dem Gebiete des formellen Grundbuchrechts herrschende Legalitätsprinzip, den Eintragungsantrag zurückzuweisen. Diese Auffassung stimmt mit der vom Kammergericht in den Urteilen vom 2. II. 1903 und 16. III. 1903[7] und von Turnau-Förster[8] geäußerten Meinung überein[9].

---

6. Die Erörterungen von Planck III S. 205 A. 7 und OLGRspr. Bd. VI S. 473 behandeln den Verlust der Geschäftsfähigkeit, nicht der Verfügungsbefugnis. Da der Kridar nur die letztere eingebüßt hat, so sind hier jene Ausführungen ebensowenig zu verwerten wie die von Turnau-Förster I S. 216 benutzte Analogie aus Art. 40 Preuß. FGG.; siehe auch Joseph S. 94.

7. OLGRspr. Bd. VIII S. 304.

8. S. 215,230.

9. Die Abweichung der im Text vertretenen Ansicht von

Das Grundbuchamt kennt den Verlust der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners, wenn dieser der Betroffene im Sinne des § 19 GBO. ist, jedenfalls, sobald der Konkursvermerk im Grundbuch eingetragen ist. Dann hat es nach den vorangegangenen Ausführungen die Eintragung auf Grund einer Bewilligung des Kridars abzulehnen. Auch vor der Eintragung des Konkursvermerks beginnt die Sperre des Grundbuchs, wenn das Grundbuchamt schon eher amtliche Kenntnis von der Konkurseröffnung erlangt. Sobald z. B. dem Grundbuchamt das Ersuchen des Konkursgerichts auf Eintragung des Konkursvermerks nach § 113 KO. zugeht, darf der Grundbuchrichter auch auf einen vor dem Eingang des Ersuchens gestellten Antrag des Gemeinschuldners für diesen eine Eintragung nicht mehr vornehmen.

Einen argen Formalismus begeht Kretzschmar[10], welcher den Inhalt des § 17 GBO. heranzieht, daß eine später beantragte Eintragung nicht vor der Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen dürfe, und aus dieser Vorschrift den Schluß herleitet, daß auch nach Eingang des amtlichen Ersuchens um Eintragung des Konkursvermerks die früher auf Grund von Bewilligungen des Gemeinschuldners gestellten Anträge durch

---

der des Kammergerichts, welches für die Oeffnung des Grundbuchs eintritt, wurzelt also nicht auf rein grundbuchrechtlichem Gebiete, sondern stammt daher, daß das KG. den Gemeinschuldner zur Vornahme von Verfügungen für b e f u g t hält!

10. ZBl.FfG. Bd. II S. 817, Sachenrecht S. 74.

Eintragung zu vollziehen seien[11]. § 17 GBO. betrifft nur den Konflikt, welche von zwei Eintragungen zuerst zu erledigen ist, läßt also die Frage unberührt, ob aus dem Eingang des Ersuchens um Eintragung des Konkursvermerks das Grundbuchamt die Kenntnis des Mangels der Verfügungsbefugnis des den früheren Antrag Bewilligenden schöpfen darf. Das später eingegangene Ersuchen vermittelt ja dem Grundbuchrichter die Kunde von der Konkurseröffnung nicht erst in dem Augenblick, wenn derselbe den Konkursvermerk „einträgt".

Richtig ist es dagegen, den § 878 BGB. anzuwenden, wenn die Einigung bindend geworden (§ 873 Abs. 2 mit § 877 BGB.), auch der Antrag beim Grundbuchamt gestellt und darauf der Verfügende in Konkurs gefallen ist[12].

Im allgemeinen bleibt also das Grundbuch, solange das Konkursverfahren dauert, von demjenigen Zeitpunkt an für Verfügungen des Gemeinschuldners über Massegegenstände gesperrt, zu dem das Grundbuchamt von der Konkurseröffnung amtliche Kenntnis erlangt.[13]

Dadurch, daß wir uns für die Grundbuchsperre

11. Gegen Kretzschmar wenden sich auch Herold S. 492 und Predari S. 459.

12. Ebenso Güthe S. 214.

13. Aus praktischen Erwägungen treten auch die Gegner der Grundbuchsperre, wenn es sich um die Löschung von Rechten handelt, für diese ein u. a. Kammergericht in RJA. Bd. VIII S. 52, JKA. 23 S. 242, Güthe S. 213, Staudinger III S. 101.

neben der grundsätzlichen Annahme relativer Unwirksamkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners erklärt haben, entgehen wir den Gefahren, welche vor allem Eccius der Auffassung relativer Unwirksamkeit in diesem Falle zuschreibt. Daß mit der Annahme der Grundbuchsperre das praktisch brauchbarere Ergebnis erzielt wird, daß hierdurch das Erscheinen zweier Eigentümer im Grundbuch und manche andere Ungelegenheiten besonders für den Konkursverwalter vermieden werden, alle diese Umstände sind zu oft und zu genau in der Literatur dargelegt worden, um eine erneute Schilderung derselben angezeigt erscheinen zu lassen.

Das Reichsgericht hat neuerdings zum ersten Male Veranlassung gefunden, die Frage nach der Grundbuchsperre im Konkurse zu prüfen. Es hat, RGZ. Bd. 71 S. 38 ff., einen Beschluß erlassen, welcher gegen die Ansicht des Kammergerichts sich erklärt und die Grundbuchsperre anordnet, im wesentlichen mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 6 KO. Fortan dürfte wenigstens in der Rechtsprechung die bisher übliche vom Kammergericht vertretene Ansicht aus ihrer vorherrschenden Stellung allmählich verdrängt werden.

Der Beschluß des Reichsgerichts über jene grundbuchrechtliche Frage ist jedoch zu knapp gehalten, um aus demselben einen Rückschluß ziehen zu können auf die grundsätzliche Auffassung des Reichsgerichts betreffend das uns an erster Stelle hier beschäftigende Problem nach Art und Umfang der durch die §§ 6 und 7 KO. geschaffenen Unwirksamkeit. Aus der Ent-

scheidung ist auch fernerhin nicht zu entnehmen, welche Stellung das Reichsgericht zu dem Leitgedanken nimmt, welcher zu unseren zuletzt gegebenen Ausführungen Veranlassung bot: die Grundbuchsperre können wir befürworten, obwohl wir nicht absolute Unwirksamkeit von Verfügungen des Kridars für vorliegend erachten!

§ 10.

Die Folgen der Anfechtung nach der Konkursordnung und nach dem Anfechtungsgesetz.

Vom Konkursbeginn führt die Betrachtung weiter zur Konkursanfechtung und der mit dieser verwandten Gläubigeranfechtung nach dem Gesetz vom 21. Juli 1879 (jetzt 17. Mai 1898). Sobald man an eine Prüfung herantritt, ob die Anfechtung nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetze relative Unwirksamkeit hervorbringt, taucht der Streit auf, ob die Anfechtung obligatorisch oder dinglich wirkt. Geht man von der Voraussetzung aus, daß die Anfechtung innerhalb des Konkurses und diejenige nach dem Anfechtungsgesetz nur eine Obligation erzeuge, so bejaht man damit zugleich das Fortbestehen des angefochtenen Geschäftes und verneint die Möglichkeit eines Vorhandenseins relativer Unwirksamkeit. Denn wenn die Anfechtung nichts als eine Forderung hervorbringen soll, so bedeutet diese Annahme, das von dem Schuldner (bezw. dem Kridar) mit dem Anfechtungsgegner vorgenommene Geschäft bleibt als solches gültig und voll-

wirksam bestehen, nur gelangt eine Forderung zur Entstehung[1]. Dies ist gerade der Kern jener Theorie. Die Anschauung dinglicher Wirkung der Anfechtung läßt dagegen das Geschäft zwischen dem Schuldner (Gemeinschuldner) und dem Anfechtungsgegner durch die Anfechtung alsbald in seinem Wirken direkt erschüttert werden. Sie sieht die Anfechtung im Konkurse und Anfechtungsgesetze ebenso wie die im Bürgerlichen Gesetzbuch als die Ausübung eines Gestaltungsrechtes[2] an, welche unmittelbar das betreffende Rechtsgeschäft trifft, sodaß dessen Wirkungen bereits durch die Anfechtung als solche und nicht erst auf dem Umwege eines Forderungsrechtes paralysiert werden.

Nur wenn man der letzteren Auffassung sich anschließt, kann man deshalb überhaupt zu der Stellung der endlichen Frage gelangen, ob diese Anfechtung den von dem Schuldner mit dem Anfechtungsgegner vorgenommenen Rechtshandlungen — letzteres Wort bezeichnet auch hier den S. 115 zu § 7 KO. erläuterten

1. Dahin äußern sich ausdrücklich einzelne Vertreter der Theorie von der obligatorischen Wirkung der Gläubigeranfechtung wie Jaeger, Konkursordnung S. 308 ff., Cosack, AnfG. S. 240, RGZ. 67 S. 22, nicht klar Hartmann S. 87. Die obligatorische Wirkung der Gläubigeranfechtung wird ferner verfochten von Kohler S. 141, Seuffert S. 220, Wilmowski S. 179, Goldmann HGB. Bd. II S. 573, am eingehendsten von Jaeger, Gläubigeranfechtung S. 69 ff.; vermittelnd Jaeckel, GlAnf. S. 211 ff., Wendt S. 454.

2. Nach der von Seckel, Festgabe, vorgeschlagenen Terminologie; Zitelmann, Allg. Teil S. 23, nennt sie „Rechte des rechtlichen Könnens".

Begriff — die Wirkung in einer Weise entzieht, daß man von einem Vorliegen relativer Unwirksamkeit sprechen kann.

Die folgende Darstellung steht auf dem Boden der Theorie dinglicher Wirkung der Gläubigeranfechtung; und zwar waren zu dieser Stellungnahme bestimmend einmal der Gedanke der Konzinnität des Reichsrechts und ferner die Ansicht, daß die Konkursordnung und das Gesetz von 1879 von „Anfechtung" spricht, dieses Wort aber für die Theorie der obligatorischen Wirkung, wie einer ihrer Anhänger bekennt[3], als „eine residuäre Inkonsequenz der Gesetzessprache" erscheint, solche durch zwei Gesetze, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, sich ziehenden Fehler der Gesetzesfassung aber nicht um einer aus dem früheren Recht überkommenen Auffassung willen als vorhanden angesehen werden dürfen[4].

Nachdem wir uns für die dingliche Wirkung der Anfechtung erklärt haben, nehmen wir unsere eigentliche Aufgabe in Angriff, die durch die Anfechtung

3. Leonhard, Allg. Teil S. 444.

4. Ueber die Begründung der Lehre von der dinglichen Wirkung der Anfechtung im Einzelnen muß, da eine genauere Erörterung an dieser Stelle zu weit führen würde, auf die erschöpfenden Darlegungen von Hellwig (ZZP. Bd. 26 S. 485 ff., Anspruch u. K. S. 261, Verträge S. 379 ff.) und Kipp (a. a. O. Bd. II S. 1020—1024) verwiesen werden. Denselben treten bei: Hellmann S. 365 ff., Fitting S. 217 ff., v. Mayr S. 401, Crome I S. 353. Die hauptsächlichsten Gegner sind S. 152 Anm. 1 angegeben.

hervorgerufene Unwirksamkeit in ihren Eigentümlichkeiten festzulegen. Die hier vorliegende Rechtslage unterscheidet sich von jeder in den bisherigen Darlegungen behandelten. Während nämlich in allen anderen Fällen die relative Unwirksamkeit dem Rechtsgeschäfte von dessen Vornahme her anhaftete, ist das nach § 29 KO. oder dem Anfechtungsgesetze anfechtbare Geschäft zunächst mit allen von ihm erwarteten äußeren Wirkungen ausgestattet. Es bedarf einer Anfechtungserklärung, um die Wirksamkeit der Rechtshandlung zu schmälern, d. h. nicht die anfechtbare Rechtshandlung ist unwirksam, sondern die angefochtene[5].

Hier wird es sich daher um die Grenzen der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach erfolgter Anfechtung handeln. Wir lesen in § 29 KO., daß gewisse Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem späteren Gemeinschuldner vorgenommen sind, „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam“ angefochten werden können. Hat jemand von dem späteren Gemeinschuldner das Eigentum an einer Sache erworben, und wird dieser Rechtsübergang angefochten, so dringt der Erwerber, wenn

5. Es sei bemerkt, daß die Anfechtungserklärung in der Klage, durch welche die Folgen der Anfechtung geltend gemacht werden, meistenteils enthalten sein wird; auch wird mit Recht befürwortet, daß außer im Wege der gerichtlichen Geltendmachung, zu welcher noch diejenige in vorbereitenden Schriftsätzen zu zählen sein mag, die Anfechtung nicht erklärt werden könne. So vom Reichsgericht in RGZ. 52 S. 343, Jaeger, AnfG. S. 103, Hartmann S. 39; entgegengesetzt Kohler, Leitfaden S. 138, Petersen-Kleinfeller S. 113.

er nach erfolgter Anfechtung die rei vindicatio gegen einen Drittbesitzer erhebt, nicht mit der Klage durch, da sich der Beklagte auf die durch die Anfechtung erzeugte Unwirksamkeit des klägerischen Rechtserwerbes beruft. Es bedeuten hier also wiederum die Worte „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" nicht, daß nur jene das angefochtene Rechtsgeschäft als unwirksam behandeln können.

Es liegt uns jetzt ob, die Grenzen jener Anfechtung im Einzelnen zu bestimmen.

1. Wenden wir uns zunächst der Anfechtung innerhalb des Konkursverfahrens zu. Wird eine vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung des Gemeinschuldners angefochten, so wird sie nicht in vollem Umfange ihrer Wirkung entkleidet. Der praktische Enderfolg der Anfechtung wird vom Gesetze selbst in § 37 KO. dahin bestimmt: „was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden." Es soll also durch die Anfechtung eine Rechtslage geschaffen werden, bei welcher das durch die betreffende Rechtshandlung aus dem Vermögen des Kridars Gebrachte so behandelt werden kann, als ob es noch zum Vermögen desselben gehörte. Damit ist **für den Einzelfall** die Möglichkeit einer Begrenzung der Unwirksamkeit gewonnen; denn diese tritt insoweit ein, als es erforderlich ist, um die nach § 37 KO. zu erstrebende Gestaltung herbeizuführen.

Dogmatisch tritt die Frage nach der Art jener durch

die Konkursanfechtung erzeugten Unwirksamkeit in eine neue Beleuchtung, wenn man berücksichtigt, daß das Anfechtungsrecht § 36 KO. zufolge durch den Konkursverwalter ausgeübt wird. Der Verwalter ist es demnach, welcher durch die Anfechtung das erwähnte Ergebnis erzielen soll, die Rechtshandlung des Gemeinschuldners insoweit unwirksam zu machen, daß er diejenigen Gegenstände als zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig behandeln kann, welche durch die anfechtbare Handlung entfernt worden sind. Dem Konkursverwalter liegt nach der grundsätzlichen Vorschrift des § 117 KO. die Sorge für das Vermögen des Gemeinschuldners nur in dem Maße ob, als es die Konkursmasse bildet. Wenn der Konkursverwalter anficht, so muß es sich also notwendigerweise darum handeln, die betr. Gegenstände in die Konkursmasse zurückzubringen, wie dies auch § 37 KO. ausdrücklich ausspricht. Es müssen stets Gegenstände auf dem Spiele stehen, welche nach der Konkurseröffnung zur Konkursmasse gehört haben würden, wenn nicht die anfechtbare Rechtshandlung vor der Konkurseröffnung bezüglich ihrer vorgenommen sein würde. Ziel der Anfechtung ist also, diejenigen Vermögensstücke als zur **Konkursmasse** gehörig behandeln zu können, welche nach der Konkurseröffnung einen Teil der Konkursmasse gebildet haben würden, — eben wenn die anfechtbaren Rechtshandlungen nicht geschehen wären. Die **Unwirksamkeit** der angefochtenen Rechtshandlung reicht also soweit, als durch sie Gegenstände, welche sonst zur Zeit der Anfechtung Konkursmassestücke

bilden würden, dieser Bestimmung durch die Rechtshandlung entfremdet werden, d. h. die vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des späteren Gemeinschuldners sind nach ihrer Anfechtung in derselben Ausdehnung unwirksam, als wenn sie während des Verfahrens erfolgt wären. Zutreffend erscheint es nunmehr, wenn Kipp[6] bündig den soeben verfolgten Gedankengang in die Worte zusammendrängt: „die Anfechtung im Konkurse erzeugt denselben Zustand, der bei Handlungen des Gemeinschuldners nach der Eröffnung des Verfahrens von selbst eintritt“[7]. Die Anfechtung im Konkurse ruft, so ist nach diesen Ausführungen zu sagen, dieselbe relative Unwirksamkeit hervor, welche ohne Anfechtung stehen würde, wenn die betreffende Rechtshandlung nach der Konkurseröffnung geschehen wäre. Letztere ist in § 8 eingehend untersucht worden. Sie besteht relativ gegenüber dem vom Verwalter geführten Beschlags- bezw. Verwaltungsrecht.

2. Einfacher gestaltet sich nunmehr die Festlegung der Anfechtung, welche durch eine auf Grund des Gesetzes von 1879 erfolgte Anfechtung geschaffen wird. Eine Rechtshandlung außerhalb des Konkursverfahrens kann nach § 1 des Gesetzes zum Zwecke

6. a. a. O. S. 1021.

7. § 13 KO. gilt jedoch nicht. Deshalb ist die Möglichkeit einer Kollision relativer Unwirksamkeit aus § 135 BGB. und § 29 KO. gegeben; dieselbe schildert anschaulich Voß, LZ. 1909 S. 759.

der Befriedigung eines Gläubigers „als diesem gegenüber unwirksam“ angefochten werden. Der Erfolg der Gläubigeranfechtung besteht nach § 7 AnfG. darin, daß der Gläubiger, **soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist**, beanspruchen kann, dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners gebracht ist, solle als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werden. Die Anfechtung macht die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners insoweit unwirksam, als dieselbe den die Voraussetzung der Anfechtung bildenden Anspruch des anfechtenden Gläubigers in seiner Befriedigung beeinträchtigen würde. Jeder Gläubiger nämlich, welcher Rechtshandlungen seines Schuldners anfechten will, muß nach § 2 AnfG. Inhaber eines fälligen und vollstreckbaren Anspruchs gegen den Schuldner sein, welchen wir den „Grundanspruch“ nennen wollen. Die Gläubigeranfechtung verfolgt gemäß dem bereits angeführten § 7 AnfG. den Zweck, die durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners gebrachten Gegenstände in dasselbe zurückzubringen und zwar, wie es das Gesetz in § 7 bezeichnet, „soweit es zu seiner (des Gläubigers) Befriedigung erforderlich ist“. Erforderlich sind aber zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers diejenigen Gegenstände, an welche er sich wegen seines ihm gegen den Schuldner zustehenden Grundanspruchs halten muß, um die Erfüllung des Grundanspruchs zu erlangen. Der Gläubiger benötigt Gegenstände zu seiner Befriedigung immer dann, wenn das jetzige Ver-

mögen des Schuldners nicht ausreicht. Durch die Anfechtung außerhalb des Konkurses wird daher Unwirksamkeit des Konkurses insoweit hervorgerufen, als die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners die Befriedigung des dem anfechtenden Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Grundanspruchs beeinträchtigt, also relativ gegenüber dem Grundanspruch[8].

§ 11.

Die sog. Veräusserungsverbote des geltenden katholischen Kirchengüterrechts.

Das letzte Gebiet, auf welchem wir nach dem Vorhandensein einer relativen Beschränkung der Unwirk-

8. Interessant ist es zu beobachten, daß das Reichsgericht trotz seiner grundsätzlichen Auffassung von der rein obligatorischen Wirkung der Gläubigeranfechtung in der Konkursordnung wie im Anfechtungsgesetz, der im Text vertretenen abweichenden Anschauung in einem Urteil vom 6. Nov. 1903 zuneigt. Es heißt dort, RGZ. Bd. 52 S. 145: „Hier wie dort wohnt der Anfechtung die Tendenz bei, daß die anfechtbare Rechtshandlung nur relativ zu beseitigen ist. Außerhalb des Konkursverfahrens soll die Unwirksamkeit dieser Handlung eintreten, soweit es zur Befriedigung des Anfechtungsklägers erforderlich, im Konkurse aber, damit für die Konkursmasse und damit für die Konkursgläubiger ein Vorteil errungen werde.“ Hätte nicht das Reichsgericht sich auch nach diesem Urteil oftmals nachdrücklich gegen die im Text dargelegte Anschauung dinglicher Wirkung der Anfechtung gewandt, z. B. in RGZ. 67 S. 22, so möchte man nach den wiedergegebenen Worten glauben, auch das Reichsgericht billige die Annahme relativer Unwirksamkeit als Folge der Gläubigeranfechtung.

samkeit von Rechtsgeschäften forschen wollen, ist das des Kirchengüterrechts. Es gilt, die Grenzen der Unwirksamkeit zu erkennen, welche den Uebertretungen von Verboten des kanonischen Kirchengüterrechts anhaftet. Seit der spätrömischen Zeit[1] enthält das Kirchenrecht Verbote über die alienatio gewisser kirchlicher Güter. Einzelheiten aus dem Inhalte dieser Gesetze interessieren hier nicht, es kommt im wesentlichen auf die Folgen der Ueberschreitung jener Verbote an. Erwähnt sei, daß alienatio jede für das Kirchengut belastende Rechtshandlung in diesen Verboten bedeutet, und daß sie nur Immobilien und wertvollere Mobilien betreffen.

Im reinen kanonischen Recht ist die Zulassung der alienatio jener angegebenen Arten von Kirchengut an das Vorliegen der üblichen justa causa (urguens necessitas, christiana caritas, evidens utilitas) geknüpft, welche als vorhanden erklärt wird durch Spezialerlasse der zuständigen geistlichen Behörden — decretum alienandi seitens des Bischofs, außerdem Zustimmung des Domkapitels bei Kapitelgut, nach dem in Deutschland nur für bischöfliches Tafelgut[2] geltenden c. 2 in VI o lib. 3 tit. 9 sogar apostolicae sedis licentia specialis. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so ist die alienatio mangelhaft, und zwar finden wir in den Quellen bezüglich dieser Wirkungslosigkeit in bunter Abwechslung Ausdrücke wie venditio non

1. l. 14 pr. C. 1, 2; Nov. 7 c. 11 u. 12.
2. Richter-Dove-Kahl S. 1372, Friedberg S. 618.

valebit (C. X. qu. 2), irritum sit (C. XII. qu. 2), adeo viribus carere, ut nec jus aliquod tribuant (c. 2 in VIo. lib. 3 tit. 9), nullius omnino sit roboris vel momenti (Extrav. Comm. III, 4)[3].

Jedoch wollen wir bei dieser historischen Betrachtung nicht verweilen, sondern das geltende kirchliche Vermögensrecht zugrunde legen. Die kirchlichen Veräußerungsverbote sind als Sätze öffentlichen Rechts durch das Bürgerliche Gesetzbuch in ihrer Geltung nicht beseitigt worden, per argumentum e contrario aus Artikel 55 EGBGB.[2]. Noch heute bestehen demnach die kanonischen Veräußerungsverbote als Verbote des kirchlichen Vermögensrechts fort. Eine zweite Frage aber ist es, ob sich auch die Folgen ihrer Uebertretung nach kanonischem Recht weiterhin bestimmen. Dies ist nicht anzunehmen. Die kirchlichen Verbote als solche nehmen zwar aus dem öffentlichen Recht ihren Ursprung, aber sie regeln und treffen privatrechtliche Geschäfte, indem sie solche der Wirksamkeit in gewisser Hinsicht entkleiden; das Verbot selbst ist ein kirchenrechtliches, die alienatio, welche es untersagt, jedoch ein Institut des Privatrechts. Rechtsverhältnisse des Privatrechts nun unterstehen gemäß Art. 55 EGBGB. allein reichsrechtlicher Regelung[5].

---

3. Siehe auch v. Schulte S. 516.

4. Diese Meinung teilen Kormann S. 7 und Raape S. 118, während Klein (S. 242) zu Unrecht aus der Tatsache heraus, daß das Einführungsgesetz zum Bürg. Gesetzbuch auch kirchenrechtliche Normen enthält, die kirchlichen Veräußerungsverbote für Privatrecht im Sinne des Art. 55 EGBGB. hält.

Es sind also die Folgen einer Ueberschreitung der kirchenrechtlichen Veräußerungsverbote nach Bürgerlichem Gesetzbuche zu beurteilen. Die sog. kirchenrechtlichen Veräußerungsverbote sind freilich meines Dafürhaltens keine „Veräußerungsverbote" im Sinne der §§ 134 und 135 BGB. **Sie sind Beschränkungen der Vertretungsmacht einzelner kirchlicher Organe.** Ein Veräußerungsverbot, gesetzt von der katholischen Kirche selbst, mit dem Inhalt, daß die Organe der ihr eingegliederten Einzelkircheninstitute (Pfarre, Diözese) in gewissen Fällen nicht rechtswirksam handeln können, ist nicht möglich. Ein Veräußerungsverbot muß begrifflich stets von außen her eine Person in der Ausübung eines ihr zustehenden Rechtes beschränken, d. h. das einer Person zustehende Recht bleibt unversehrt, und nur die Ausübung wird von außen her untersagt. Wenn die katholische Kirche dem Organe eines einzelnen Kircheninstitutes, welches selbst wieder einen Teil der Gesamtkirche bildet, die Organeigenschaft in gewisser Richtung nimmt und sie ihm in anderer beläßt, so ist dies eine von innen kommende Verkümmerung des Rechtes des Organs, **eine Beschränkung der Vertretungsmacht**[6]. In diesem Sinne sind z. B.

---

5. Der Text schließt sich Kormann (S. 14) an; anderer Meinung Raape S. 121, der nur die Typen der Unwirksamkeit, welche das Bürgerliche Gesetzbuch enthält, im modernen Kirchenrecht dulden will, diese jedoch in beliebiger Anordnung. Eine solche Annahme erscheint willkürlich.

6. Diese Ansicht stellt Seckel (Hinschius-Seckel S. 1465)

die Pfarrer in der Vertretung des örtlichen Kircheninstituts durch die kanonischen Verbote eingeschränkt.

Gegen diese Erwägung ist nicht einzuwenden, daß die kirchenrechtlichen Verbote heute nicht mehr als Verbote der katholischen Kirche, sondern des Rechtes des Einzelstaates fortbestehen. Zunächst könnte man, um diesem Einwand zu entgehen, so konstruieren, daß der Landesstaat dem Rechte der katholischen Kirche, wie es von ihr gesetzt ist, nur seine maßgebliche Sanktion verleiht[7]. Aber begegnen wir solchem Einwurf! Stellt man das Kirchenrecht als Teil des Landesverwaltungsrechts hin, so muß man folgerichtig auch die kirchlichen Organe als kraft Landesgesetzes bestehende Organe der katholischen Kirchenkorporationen ansehen; die Pfarrer wären dann als vom Gesetz geschaffene Organe mit der Funktion gesetzlicher Vertreter der Kircheninstitute zu behandeln. Einem Vertreter, den das Gesetz schafft, weist es auch selbst den **Umfang seiner Vertretungsmacht** zu, und so wenig wie die Beschränkungen des Vormunds durch das Vormundschaftsgericht Veräußerungsverbote sind, stellt die Anordnung für den Pfarrer, nicht ohne decretum des Bischofs zu verfügen, ein Veräußerungsverbot der Art der §§ 134, 135 BGB. dar.

---

auf. Auf dem Wege der dort kurz angedeuteten Begründung bewegen sich die Ausführungen des Textes.

7. Ueber die rein staatlichen Kirchengesetze, welche modifizierend eingreifen, werden die Ausführungen S. 165 ff. handeln.

Das Gesetz hat dann eben von vornherein die Vertretungsmacht nicht in so weitgehendem Maße verliehen.

Ein weiteres Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung äußert Kormann[8]. Er geht von der Ansicht aus, daß nicht die katholische Kirche des Einzelstaates als solche, sondern nur die einzelnen Anstalten derselben Rechtspersönlichkeit haben. Dann müsse aber, wenn man von einer Beschränkung der organischen Vertretungsmacht sprechen wolle, der Bischof, wenn es sich um die Veräußerung örtlichen und nicht diözesanen Kirchenguts handelt, als Organ der örtlichen Kirchenkorporation angesehen werden. Diese Annahme sei jedoch unmöglich; denn der Bischof stehe zum Ortskircheninstitut nicht in dem Verhältnis wie der Aufsichtsrat zu der Aktiengesellschaft, sondern wie der Regierungspräsident zur Kommune. Dieser Einwurf Kormanns ist nicht durchschlagend.

Auch die vorangegangene Darstellung betrachtete nur das einzelne Kircheninstitut und nicht die katholische Kirche ganz Preußens als juristische Person. Es ist zu replicieren, um in dem von Kormann gewählten Bilde zu bleiben, daß der Bischof den örtlichen Kirchenanstalten sowohl wie der Regierungspräsident der Kommune als auch wie der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gegenübersteht. Es wird zugestanden, daß die Funktionen des Bischofs in ersterer Hinsicht die zahl-

8. S. 148 mit S. 125, 126.

reicheren sind. Jedoch ist es nicht unrichtig, die bischöflichen Befugnisse gegenüber der lokalen Kirchenkorporation zu zerlegen in solche, bei deren Ausübung der Bischof als Aufsichtsorgan, als Beamter der potestas jurisdictionis gegenüber dem nicht mit Jurisdiktionsgewalt ausgestatteten Organ der Ortskorporation, dem Pfarrer, handelt (Funktion des Regierungspräsidenten), und in solche Tätigkeit, bei deren Ausübung der Bischof als Aufsichtsorgan der örtlichen Anstalt selbst wirkt — wie der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. In der zuletzt gekennzeichneten Richtung ist der Bischof auf dem Gebiete der ortskirchlichen Vermögensverwaltung tätig, erläßt er das decretum alienandi. Nach Zurückweisung der besprochenen Einwendungen ist an der Ansicht festzuhalten, daß die sog. kanonischen Veräußerungsverbote nicht Verbote im Sinne der §§ 134, 135 BGB., sondern Vertretungsbeschränkungen kirchlicher Organe enthalten.

Nachdem wir einmal uns zuletzt mit der alienatio des lokalen Kirchenguts im besonderen befaßt haben, dürfen wir nicht vergessen, daß gerade auf dem Gebiete der nur örtlichen Vermögensverwaltung das kanonische Recht nicht mehr unverändert gilt, sondern daß die Vermögensverwaltung in der Kirchengemeinde den Gegenstand der landesrechtlichen Gesetzgebung gebildet hat. Das Allgemeine Landrecht Teil II Tit. 11 § 648 mit § 219[9],

9. welches als einziges der im folgenden angegebenen Gesetze über die Regelung rein örtlicher bezw. diözesaner Vermögensverwaltung hinausreicht, vgl. Weinhold S. 40.

das Gesetz vom 7. Juni 1876 (Ueber die Aufsichtsrechte des Staates bei der Vermögensverwaltung in den katholischen Diözesen) § 3 Z. 1, die Verordnungen vom 29. September 1876 Art. 1 und vom 30. Januar 1893 verlangen staatliche Genehmigung zu Verfügungen über Grundeigentum von katholischen Kirchengemeinden[10]. Bei der Betrachtung dieser Regelung in der einzelstaatlichen Gesetzgebung ist auf den früher begonnenen Gedanken wieder zurückzukommen, um den Nachweis zu führen, daß auch das Erfordernis staatlicher Genehmigung kein Veräußerungsverbot, sondern eine Verfügungsbeschränkung der Kirchengemeindeorgane darstellt. Die selbständige Ordnung der Verwaltung des lokalen Kirchenvermögens durch die Landesgesetze bewirkt zugleich, daß nunmehr die Organe der örtlichen kirchlichen Vermögensverwaltung kraft staatlichen Gesetzes die organische Vertretung der Kircheninstitute führen. Die Pfarrer sind mit gesetzlicher Vertretungsmacht ausgestattet worden, und es bedeutet die Notwendigkeit der Einholung **staatlicher Genehmigung** zu gewissen Verfügungen eine nur beschränkte Verleihung der Vertretungsmacht ebenso wie beim Vormund — so sagten wir bei Erörterung der

10. Für die evangelische Kirche gelten außer den angeführten Vorschriften des ALR. das „Gesetz betr. die evangelische Kirchenverfassung in den 8 älteren Provinzen der Monarchie" vom 3. Juni 1876 Art. 24 Nr. 1, die Verordnung vom 9. September 1876 Art. I, 2, die Kirchengemeinde- und Synodalordnung für die östlichen Provinzen vom 10. September 1873 § 31 Ziff. 1.

bischöflichen Zustimmung —, nicht aber ein gesetzliches Veräußerungsverbot.

Die sog. kanonischen Veräußerungsverbote in der Gestalt, wie sie heute geltendes Recht bilden, und die besonders für die örtliche Kirchenvermögensverwaltung umgestaltend hinzugetretenen staatlichen Normen sind nach diesen Darlegungen nicht als gesetzliche Veräußerungsverbote der Art aus den §§ 134, 135 BGB. anzusehen, sondern als der Vertretungsmacht kirchlicher Organe immanente Beschränkungen. Nehmen diese Organe eine alienatio ohne die erforderliche Genehmigung der kirchlichen oder staatlichen Obrigkeit vor, so handeln sie als **Vertreter ohne Vertretungsmacht**, und die Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB. (vgl. auch § 1829 BGB.) greifen Platz. Die betr. Rechtsgeschäfte sind, sofern sie Verträge enthalten, **absolut unwirksam**, bis die notwendige Genehmigung nachgeholt wird, sie sind schwebend und nicht relativ unwirksam.

Teil II.

Das Wesen der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

§ 1.

Der Zusammenhang zwischen den Begriffen „Rechtsgeschäft“ und „relative Unwirksamkeit“, sowie das Verhältnis beider im römischen Recht.

Die folgende Darstellung ist einer systematischen Entwicklung der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte gewidmet. Eine solche Betrachtung hat sich zunächst mit dem unmittelbaren Oberbegriff der relativen Unwirksamkeit, der Unwirksamkeit im allgemeinen, zu beschäftigen und dieselbe als besondere Art der Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte von anderen, ähnlichen Erscheinungsformen scharf zu sondern. Die Behandlung dieser Aufgabe führt jedoch, bevor an eine eigentliche Lösung zu denken ist, noch eine Stufe weiter hinauf zu dem Begriff des Rechtsgeschäftes. Denn die Scheidung der verschiedenen Gattungen fehlerhafter Rechtsgeschäfte steht zu der viel bestrittenen Natur des Rechtsgeschäfts selbst in so engen Beziehungen[1], daß der „Begriff des letzteren den der Unwirksamkeit nach sich zieht“[2].

1. Diese Verknüpfung betont auch Karlowa S. 116. Die

Das Rechtsgeschäft, welches das Bürgerliche Gesetzbuch als festes Gebilde verwertet (z. B. in der erwähnten Ueberschrift des dritten Abschnitts im Allg. Teil), war als abstrakter Begriff dem römischen Rechte fremd[3]. Wenn uns jener in den folgenden Erörterungen zu unternehmende Nachweis gelingt, daß bei den römischen Juristen das Rechtsgeschäft als einheitliches Institut nicht zur Abgrenzung gekommen ist, so müßte sich aus den Quellen zugleich mit Notwendigkeit ergeben, daß auch die Unwirksamkeit und ihre Unterarten wie die Anfechtbarkeit, die relative Unwirksamkeit, im römischen Recht nicht **als besondere Gattungen sich voneinander abheben.** Sonst würde unser Obersatz von der Abhängigkeit der Begriffe Rechtsgeschäft und Unwirksamkeit erschüttert werden. Die von uns behauptete Verknüpfung von Rechtsgeschäft und Unwirksamkeit würde demnach auch dann für unrichtig zu halten sein, wenn die folgende Behauptung aus den Quellen sich bestätigen sollte, welche Savigny[4] aufstellt: „Die römischen Juristen pflegen den Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit — beide sind, wie die Erörterungen S. 182 ff. ergeben

---

Ausführungen von Schloßmann, Vertrag S. 129, welche das Rechtsgeschäft an sich ablehnen, sind mit dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs unverträglich, dessen dritter Abschnitt im Allg. Teil die Ueberschrift „Rechtsgeschäfte“ trägt.

2. Gradenwitz S. 3.

3. Ebenso Pernice Bd. I S. 403, Christians S. 5, Manigk S. 27, Mitteis S. 237, Lieven S. 3, Figge S. 11.

4. Bd. IV S. 538.

werden, verschiedene Unterarten der Unwirksamkeit mit großer Sicherheit zu behandeln, und es werden selten Fälle vorkommen, worin die Anwendung des einen oder des anderen Begriffs zweifelhaft bleiben möchte; selbst ihre **Kunstausdrücke** sind in den wichtigsten Anwendungen **bestimmt und unzweideutig**, obgleich es auch nicht an einzelnen Fällen eines schwankenden Sprachgebrauchs fehlt.“ Mit den Sätzen dieses Abschnitts haben wir uns das Ziel für unsere allernächste Auseinandersetzung gesteckt.

Kennt das römische Recht den abstrakten Begriff des Rechtsgeschäfts? Die Frage ist auf Grund der Quellen einwandfrei zu verneinen (siehe die Literatur S. 169 Anm. 3). Das Wort, welches im römischen Recht als feste terminologische Bezeichnung allein in Betracht kommen könnte, ist, da das Wort res wegen seiner mannigfachen wichtigen Nebenbedeutungen beiseite zu lassen ist: negotium. In der Tat finden sich Stellen (§ 8 I. III, 19), in denen negotium unserem Begriffe „Rechtsgeschäft“ wie eine feste Bezeichnung zu entsprechen scheint. Allein im Gegensatz hierzu bezeichnet negotium gerade in den älteren Rechtsquellen am häufigsten die Prozeßhandlungen der Parteien vor Prätor und Judex und auch den Inbegriff derselben, das Verfahren abgesehen von den Maßregeln des Prätor und Judex selber[5]; negotium hat diese letztere Bedeutung noch weit hinein in das

5. Wlassak S. 52, Heumann-Seckel Nr. 2 zu negotium, Dernburg, Pandekten I S. 211 A. 4.

spätere Ediktalrecht behalten (Gaius lib. IV, 84, 141, 184; l. 3 C. I, 14; l. 1 D. V, 3). Mit negotium wird auch jegliche Angelegenheit l. 5 § 5 D. III, 5 bezeichnet, bald wiederum nur der Auftrag l. 8 § 4 de reb. auct. iud. D. XLII, 5, bald ganz allgemein die Mühewaltung l. 3 § 3 D. de calumn. III, 6[6]. Diese Angaben genügen, um zu der Feststellung gelangen zu können, daß den Römern ein technischer Ausdruck für „Rechtsgeschäft" gefehlt hat, daß sie allerdings mit Rechtsgeschäften gearbeitet haben, jedoch den abstrakten Begriff festzulegen, nicht für notwendig fanden.

Daher muß nach dem von uns eingangs aufgestellten Satze über den Zusammenhang der Begriffe Rechtsgeschäft und Unwirksamkeit die bereits wiedergegebene Behauptung von Savigny irrtümlich sein, daß in den römischen Quellen die Unterarten der Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, mit feststehenden Kunstausdrücken bezeichnet wurden, und muß ferner auch das Bestehen eines sich von den übrigen Arten der Unwirksamkeit abhebenden Rechtsinstitutes der relativen Unwirksamkeit in Abrede gestellt werden.

Die in integrum restitutio ist ein Gebilde, welches einen eigenen Charakter aufweist. Durch in integrum

---

6. Weitere Belege bieten u. a. l. 7 pr. D. III, 4 (in negotium publicum sumptum facere), l. 9 D. II, 12 (dare vacationem a forensibus negotiis), l. 12 C. de apell. et consult. VII, 62 (in civili negotio), l. 1 § 8 D. IX (actio noxalis im Gegensatz zu actio ex negotio).

restitutio entkleidet der richterliche Beamte Privatrechtsgeschäfte, aber ebenso auch Urteile und andere prozessuale Akte ihrer Bedeutung. Der in integrum restitutio wohnt daher eine Mischnatur inne, sie gehört in manchen Beziehungen dem materiellen, in vielen anderen aber zugleich dem Prozeßrechte an und ist deshalb bei begrifflichen Unterscheidungen innerhalb der materiellen Unwirksamkeit kaum zu verwerten.

Nicht zu billigen ist ferner die Ansicht von Karlowa[7], daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit etwas mit dem Gegensatze von ipso iure und ope exceptionis zu tun hätten. Gegen eine solche Auffassung spricht deutlich eine Gegenüberstellung der lex 8 aus dem Fragmentum de iure fisci mit Gaius lib. II, 117[8]. In der einen Stelle heißt es: Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit praeterquam emptio nullius momenti est, bei Gaius dagegen: opponitur tibi exceptio. Die Unwirksamkeit prätorischer Herkunft fällt eben nicht mit der Anfechtbarkeit zusammen[9], ebensowenig wie die Unwirksamkeit des ius civile mit der Nichtigkeit. Letzteres tritt klar zutage in der Schilderung, welche Gaius lib. III, 123 von den Folgen einer Uebertretung der lex Cicereia de sponsu gibt.

Die weitere Annahme von Savigny, daß die

7. S. 132.

8. Auf diese weist treffend hin Mitteis, Privatrecht S. 237 Anm. 1.

9. Näheres bei Mitteis S. 237 Anm. 1 und S. 244.

römischen Quellen die Kunstausdrücke von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit Sicherheit geschieden haben, wird am ehesten durch den Wortlaut einiger Stellen widerlegt. Was für ein Grund liegt vor, daß eine stipulatio betreffend einen Gegenstand, über den man nicht stipulieren kann, in l. 7 § 16 D. II, 14 als servanda non est, sed omnimodo **rescindenda**, dagegen eine societas, bei deren Eingehung ein Minderjähriger übervorteilt worden ist, als **nulla** erklärt wird (l. 16 § 1 D. IV, 4), daß sogar Scaevola in ein und derselben Stelle, l. 22 D. XLII, 8, meint: Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero **an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset?** Respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quia in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes **rescindi solent?** Scaevola stellt hier die Frage, ob ein Rechtsgeschäft, durch welches einem Gläubiger für seine bereits bestehende Forderung ein Pfandrecht bestellt wird, als zum Zwecke absichtlicher Benachteiligung der übrigen Gläubiger eingegangen nullius momenti wäre, und beantwortet sie dahin, der Umstand, daß die Forderung bereits vorhanden sei, stehe der Bestellung eines Pfandrechts für dieselbe nicht im Wege, eine solche Pfandrechtseinräumung werde vielmehr nur dann, wenn sie absichtlich zum Nachteil der übrigen Gläubiger geschehen sei, beseitigt, ea via, qua creditorum fraudes rescindi solent.

In derselben Stelle heißt es also, die negotia in fraudem creditorum seien nullius momenti und rescindi solent. Und wenn man zugibt, daß „rescindi" in der soeben besprochenen Quelle und in der kurz vorher angeführten l. 7 § 16 D. II, 14 interpoliert ist[10], so ist m. E. aus der Tatsache dieser Interpolationen nicht der Schluß zu ziehen, daß die Justinianische Zeit die dem klassischen Recht geläufige Scheidung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit wieder verlernt hatte, sondern anzunehmen, daß auch zur Zeit Justinians das römische Recht noch nicht zu einer technisch sicheren Handhabung der Begriffe Unwirksamkeit und Nichtigkeit gelangt war. Zur Bestärkung dieser Ansicht dient auch der auf einem alten Rechtsgrundsatze beruhende in die Digesten l. 64 § 1 D. XXXV, 1 aufgenommene Satz des Terentius Clemens: **ipso iure rescindi** quod fraudandae legis esset adscriptum.

Auf Grund der soeben angestellten Untersuchung verneinen wir also die von Savigny aufgestellte Behauptung, daß im römischen Rechte die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als abstrakte Begriffe mit feststehenden Ausdrücken bezeichnet und in sicherer Weise von einander geschieden werden, und erhalten damit zugleich eine Unterstützung für den Satz, daß mangels eines festen Begriffes des Rechtsgeschäftes auch ein solcher der Unwirksamkeit nicht möglich ist[11].

---

10. Für die erstere Stelle meint dies Seckel bei Heumann zu rescindere, für die zweite Krüger Aufl. 11 der Digesten.

11. Da dem römischen Recht die abstrakte Vereinheit-

Genau wie mit der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit verhält es sich mit einer anderen Unterart der Unwirksamkeit, der relativen Unwirksamkeit. Erscheinungsformen derselben finden sich in Fülle im römischen Recht, denn die Rechtslagen, in welchen sie auftritt, werden zum großen Teile auch von den römischen Juristen in den Kreis ihrer Betrachtungen gezogen, nur sehen wir auch hier wieder aus den praktischen Ergebnissen einzelner Fälle nicht die abstrakten Begriffe kristallisiert. Die relative Unwirksamkeit, welche nach § 161 BGB. beim Eintritt der aufschiebenden Bedingung entsteht, treffen wir bei Paulus l. 34 D. XI, 7, noch klarer bei Marcellus l. 1 § 1 D. VIII, 6 (l. 3 C. VI, 43) ebenfalls an, und desgleichen ist im römischen Rechte neben dem völlige Nichtigkeit erzeugenden Veräußerungsverbote der l. 12 D. XLI, 3 (zusammen mit l. 10 pr. D. L)[12] auch das Veräußerungsverbot mit nur relativer Wirkung bekannt wie in l. 5 § 18, und l. 6 D. XXIV, 1. Ueber die Unwirksamkeit von Schenkungen wird dort gehandelt wie folgt: In donationibus autem iure civili impeditis hactenus re-

---

lichung des Rechtsgeschäfts abgeht, und das römische Recht für dasselbe keinen technischen Ausdruck geprägt hat, so kann auch der von Hellmann (Sav. Z. Bd. 23, 24) unternommene Nachweis nicht als gelungen bezeichnet werden, allein auf dem Wege einer exakten Untersuchung der römischen Rechtsquellen zu einer Theorie der Ungültigkeit zu gelangen.

12. In l. 10 pr. D. XXVII, 10 stellt Julian allgemein die Regel auf: quibus per praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem . . . Näheres bei Endemann, Zivilrechtliche Wirkung S. 26 ff.

vocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est. Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet. — Bei dem Verbot zuwiderlaufenden Schenkungen kann, wortgetreu übersetzt, das Geschenk aus dem Vermögen des Beschenkten insoweit zurückgebracht werden, daß, wenn die Sache noch bei dem Beschenkten vorhanden ist, dem Schenker die rei vindicatio zusteht, wenn die Sache verbraucht ist, eine condictio in Höhe der Bereicherung, da das aus der verbotenen Schenkung Erhaltene als sine causa empfangen angesehen wird. Dies bedeutet, daß die Unwirksamkeit sowohl das obligatorische Schenkungsversprechen als auch den Uebertragungsakt selbst ergreift insoweit, daß rei vindicatio bezw. condictio möglich sind. Und zwar bezeichnet Marcellus hier die Unwirksamkeit der Schenkungen unter Ehegatten nur als relative: **hactenus** revocatur, wie es ausdrücklich heißt. Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten stellt hiernach ein relatives dar. Ulpian jedoch meint l. 3 § 10 eod. tit.: Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, et ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valeat: **ipso enim iure** quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, **nullius momenti sunt.**

Diese beiden zur Probe vollständig mitgeteilten Stellen lassen uns recht erkennen, daß die römischen Juristen die Umgrenzung der relativen Unwirksamkeit ausschließlich auf die Entscheidung des Einzelfalles abstellen, daß eine begriffliche Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unwirksamkeit so gut wie gar nicht zu bemerken ist. Wird doch in den beiden Entscheidungen, welche — obwohl innerhalb desselben Digestentitels befindlich — erheblich voneinander abweichen, auf dogmatische oder terminologische Erwägungen bei der Umschreibung der Unwirksamkeit überhaupt nicht eingegangen.

Im römischen Recht finden sich also ebenso wie im modernen Recht Fälle relativer Unwirksamkeit, aber „was die Römer uns bieten, ist Detailarbeit[13]", und das römische Recht ist ohne Abstraktion und Spezialterminologie für das Rechtsgeschäft wie für die relative Unwirksamkeit ausgekommen[14].

Weitere rechtsgeschichtliche Betrachtungen vermögen uns nicht zu fördern, denn das deutsche[15] und

13. Gradenwitz a. a. O.

14. Manigk S. 29 nimmt an, die oberste begriffliche Einheitsvorstellung der Römer auf diesem Gebiete sei der contractus gewesen, jedoch erscheint dies nach den Ausführungen von Leonhard, Irrtum I S. 61 ff., zum mindesten zweifelhaft. — Terminologisch ist sogar die Trennung von nichtigen- und Nichtgeschäften im Corpus iuris nicht überall durchgeführt, vgl. l. 41 § 3 D. XXVIII, 6 und l. 1 D. XVIII, 4.

15. Bemerkenswert sind allerdings die in der „Widersprache" des deutschen Rechts (Ssp. II Art. 42 und 44 § 1) sich findenden Ansätze; Gierke, Privatrecht I S. 287 A. 6.

das kanonische Recht haben ebensowenig wie das römische ein geschlossenes System der Unwirksamkeit gezeitigt.

§ 2.

Der Aufbau des Systems der Unwirksamkeit.

Wir wenden uns dem geltenden Rechte zu und nehmen den Gedanken wieder auf, daß der Ausgangspunkt aller Forschungen über die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte der Begriff des Rechtsgeschäftes selbst ist. Eine allzuweite Abschweifung vom Thema würde es allerdings mit sich bringen, wenn wir uns mit dem niemals abgeschlossenen Streit über die rechtliche Natur des Rechtsgeschäftes eingehend beschäftigen würden. Den folgenden Ausführungen soll der Begriff des Rechtsgeschäftes zugrunde gelegt werden, wie er der jetzt überwiegend vertretenen Anschauung entspricht: **Das Rechtsgeschäft** ist die nach der Rechtsordnung geeignete Privatwillenserklärung einer Person, gerichtet auf eine rechtliche Wirkung, welche auf Grund des Parteiwillens durch die Rechtsordnung eintreten soll[1].

---

1. Die verbreitete Definition des Rechtsgeschäfts aus den Motiven zum BGB. Bd. I S. 126 wird von Leonhard, Allg. Teil Bd. I S. 431 Anm. 3, mit Recht bemängelt, da das Rechtsgeschäft nicht allein aus dem Parteiwillen seine Wirkung herleitet, wie die Motive meinen; jedoch ist auch nicht der Einfluß der Rechtsordnung für vorwiegend maßgeblich zu erklären, wie

Es ist nun der Fall denkbar, daß ein solches Rechtsgeschäft in Wirklichkeit gar keinen Rechtseffekt zeitigt daß es in der Welt rechtlicher Erscheinungen keinerlei Wirkung außer seinem Vorhandensein hervorbringt. Ein Rechtsgeschäft dieser Art pflegt man ganz allgemein als ein **wirkungsloses** zu bezeichnen.

Zieht man den Kreis des Mangels der Wirkungen enger, so gelangt man zu dem Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne, dem einzigen von den im folgenden zu behandelnden Problemen, welches unbestritten ist. **Unwirksamkeit im weiteren Sinne** liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft nicht die seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen hat, wenn also der in dem Rechtsgeschäft enthaltene Parteiwille nicht diejenige Wirkung zur Folge hat, auf welche er hinzielt[2]. Bei der Prüfung, ob einem Rechtsgeschäft Unwirksamkeit im weiteren Sinne anhaftet, ist also schlechthin festzustellen, ob das Geschäft die nach seinem Inhalt zu erwartende Wirkung ausübt. Gleich-

---

besonders Kohler, Iherings J. Bd. 28 S. 189 ff., annimmt, weil sonst eine Trennung von Rechtsgeschäften und sonstigen juristischen Tatsachen sehr erschwert würde. Die von Zitelmann, Irrtum S. 228, gegebene Definition „Rechtsgeschäft ist die Schaffung einer Rechtsfolge durch darauf gerichtete Willenserklärung" ist nicht erschöpfend, auch die unerlaubte Handlung würde sonst hierher zu rechnen sein. Eingehender handeln über das Problem in der im Text vertretenen Richtung Hellmann, Willenserklärung S. 415; Windscheid I S. 313 ff.; Dernburg I S. 369 ff.

2. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist Unwirksamkeit im weiteren Sinne zu beobachten in den §§ 344, 409, 2085, 2298, 2339 Abs. 2, 2360 u. a.

gültig ist es für das Vorhandensein weiterer Unwirksamkeit, aus welchem Grunde sie eintritt. Die Frage nach dem Ursprung jener weiteren Unwirksamkeit führt uns auf das Prinzip, nach dem die fernere Scheidung vorzunehmen ist.

Je nach dem verschiedenen Entstehungsgrunde stellt sich die weitere Unwirksamkeit bald als Ungültigkeit, bald als Unwirksamkeit im engeren Sinne dar.

Um diese Zweiteilung zu erklären, ist folgende Erwägung anzustellen: An einem Rechtsgeschäft können wir dreierlei Arten von begrifflichen Voraussetzungen feststellen, die Errichtungsvoraussetzungen, die Geltungsvoraussetzungen und die objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen. Die Errichtungsvoraussetzungen müssen vorhanden sein, damit wir überhaupt von dem Vorliegen eines Rechtsgeschäfts sprechen können. Zu ihnen sind von den Tatbestandsmerkmalen des Rechtsgeschäfts, wie sie in der S. 178 gegebenen Definition desselben enthalten sind, die „Willenserklärung“ und die Richtung auf eine rechtliche Wirkung zu zählen. Die Geltungsvoraussetzungen bezeichnen die hauptsächlichen Anforderungen, welche die Rechtsordnung an ein Rechtsgeschäft stellt, damit dieses, wie es in unserer Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäftes hieß, zu seinem Zwecke „**geeignet**“ erscheint. Die Geltungsvoraussetzungen sind vorhanden, wenn ein Rechtsgeschäft nach dem Gesetze ganz allgemein zu der Erreichung der seinem Inhalt

entsprechenden Rechtswirkung befähigt ist[3]. Auf dem Unterschied von Errichtungsvoraussetzungen und Geltungsvoraussetzungen beruht der längst von der Wissenschaft anerkannte Gegensatz[4] von negotium non existens und negotium nullum, von Nichtgeschäft und ungültigem Geschäft. Fehlt einem Rechtsgeschäft eine Errichtungsvoraussetzung, so liegt kein vollständiges Rechtsgeschäft vor; ist dagegen eine Geltungsvoraussetzung abwesend, haben wir es mit einem vollständigen Rechtsgeschäfts-Tatbestand zu tun, aber das Rechtsgeschäft ist u n g ü l t i g[5].

---

3. Die im Text gewählte Bezeichnung „Geltungsvoraussetzungen" (ähnlich Figge S. 37) erscheint aus dem Grunde deutlicher als die von Zitelmann (Allg. Teil S. 92) angewandte Benennung „Errichtungserfordernisse" und vor allem als die von Alexander S. 8 vorgeschlagenen „Begriffserfordernisse", weil die anderen Ausdrücke eher für die zu einer Errichtung des Rechtsgeschäfts überhaupt notwendigen Voraussetzungen, also die von uns sog. „Errichtungsvoraussetzungen", passen und zu Verwechslungen mit diesen verleiten.

4. Die abweichende Ansicht von Christians S. 7 bedarf nicht mehr der Besprechung.

5. Der Vorschlag von Lieven S. 18 und Oertmann, Allg. Teil S. 299, bei einem ungültigen Rechtsgeschäft von dem Vorhandensein und bei einem gültigen Rechtsgeschäft von der Abwesenheit „negativer Erfordernisse" zu sprechen, ist unglücklich. Die „negativen Erfordernisse" mögen in der Philosophie anerkannt sein, dies mag Oertmann eingeräumt werden, der ferneren Behauptung Oertmanns aber, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch „wennschon vielleicht nicht immer klar bewußt" diesen Begriff verwertet, möchte ich trotz ihrer vorsichtigen Fassung widersprechen. Es ist keine Veranlassung für die An-

Den Ausdruck Ungültigkeit hat die Darstellung im Interesse einer klaren Gliederung aus dem bunten Gewirr der gemeinrechtlichen Terminologie[6] übernommen, in die er nach Savignys[7] Vorgehen Eingang gefunden hatte. Jedoch kennt das Bürgerliche Gesetzbuch das Wort Ungültigkeit nicht. Wir begegnen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht dem Oberbegriffe der Ungültigkeit, sondern nur deren Unterarten, der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit treten als Erscheinungsformen der Ungültigkeit auf; die Vorbedingung ist demnach für ihr Vorhandensein die gleiche, wie für die Ungültigkeit selbst, nämlich daß dem betreffenden Rechtsgeschäft eine Geltungsvoraussetzung fehlt.

Ueber die rechtliche Natur des anfechtbaren Geschäfts besteht in der Hinsicht Uneinigkeit, als eine Auffassung dahingeht, das **anfechtbare** Rechtsgeschäft sei zunächst **vollgültig** und würde erst durch die Anfechtungserklärung mit Wirkung ex tunc vernichtet, d. h. zu einem von Anfang an nichtigen gemacht, § 142 BGB.[8], die Gegenmeinung aber annimmt, die

---

nahme zu erblicken, das Gesetz sehe den Normalfall, das gültige Geschäft, als ein mit der Abwesenheit negativer Erfordernisse ausgestattetes an.

6. Eck Bd. I S. 124; Mitteis, Iherings J. Bd. 28 S. 85.

7. Bd. IV § 205.

8. Jacobi S. 75, Figge S. 21. Hellwig (Rechtskraft S. 120) verleiht dieser Anschauung Ausdruck, indem er die Anfechtbarkeit schwebende Wirksamkeit nennt. Noch genauer wäre vielleicht nach den Erörterungen im Text „schwebende Gültigkeit".

Anfechtbarkeit stelle bereits als solche **Ungültigkeit** dar, welche durch die Anfechtungserklärung voll zum schließlichen Ausdruck gelange[9].

Nur wenn man mit der zu zweit angeführten Ansicht schon das bloß anfechtbare Rechtsgeschäft als ungültig ansieht, können die anfechtbaren einen besonderen Platz unter der Gruppe der ungültigen Rechtsgeschäfte beanspruchen. Die an erster Stelle erwähnte Ansicht erachtet allein das angefochtene Rechtsgeschäft als ungültig, eine Ungültigkeit, welche von § 142 BGB. für Nichtigkeit erklärt wird. Da nun ein angefochtenes Geschäft nach § 142 BGB. als nichtig anzusehen ist, die Möglichkeit der Anfechtung, die Anfechtbarkeit, aber nach dieser Meinung noch nicht Ungültigkeit bedeutet, so würde nur die Nichtigkeit als alleinige Unterart der Ungültigkeit übrig bleiben.

Wir haben keine Veranlassung zu der ihrem Gegenstand nach geschilderten Kontroverse Stellung zu nehmen, da es bei unserer systematischen Betrachtung der Unwirksamkeit nicht so sehr darauf ankommt, die Anfechtung als solche zu betrachten, als ihre Stellung im System der Unwirksamkeit anzugeben. In diesem Zusammenhang erscheint mit Rücksicht auf unsere Aufgabe ein längeres Verweilen bei dem Begriffe der Anfechtung nicht angebracht, da zunächst weit mehr auf die Nichtigkeit und ihre Scheidung von der Unwirksamkeit Gewicht zu legen ist[10].

---

9. Endemann, Lehrbuch Bd. I S. 371 Anm. 7; Windscheid Bd. I S. 427.

10. Zur Ergänzung sei hingewiesen auf die abweichende

Die Nichtigkeit ist nach den vorangegangenen Darlegungen eine Art der Ungültigkeit, vielleicht sogar die einzige. Bei ihrem Vorliegen muß, wie schon hervorgehoben, dem Rechtsgeschäft eine Geltungsvoraussetzung mangeln. — Bevor wir mit der Gegenüberstellung der Nichtigkeit und der Unwirksamkeit selbst beginnen, sollen zur besseren Wahrung des Ueberblicks die hauptsächlichen begrifflichen Ergebnisse des bisherigen Ganges der Darstellung kurz zusammengefaßt werden: Wirkungslos ist ein Rechtsgeschäft, welches keinerlei Wirkung aufweist, unwirksam im weiteren Sinne ist ein Rechtsgeschäft, welches die seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen nicht hat. Ungültigkeit ist eine Unterart der Unwirksamkeit im weiteren Sinne, und die Nichtigkeit deckt sich entweder mit der Ungültigkeit oder sie ist eine Unterart derselben. Ungültigkeit und Nichtigkeit liegen vor bei dem Mangel einer Geltungsvoraussetzung des oben S. 180 gekennzeichneten Charakters.

Neben den Geltungsvoraussetzungen stehen nun — um in der Entwicklung fortzufahren — die objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtsgeschäfte[11]. Diese Voraussetzungen enthalten diejenigen Momente, welche neben den Geltungsvoraussetzungen im konkreten Falle vorliegen müssen,

Art der Einteilung der Unwirksamkeit im weiteren Sinne bei Crome I S. 349, Planck S. 182, Rehbein S. 197 und andererseits von Leonhard S. 432 Anm. 1, Lemke S. 5.

11. Der Ausdruck ist von Zitelmann a. a. O. S. 92 entlehnt

damit das Rechtsgeschäft die seinem Inhalt entsprechende Wirkung ausübt. Während die Geltungsvoraussetzungen sich darauf beziehen, ob das Rechtsgeschäft **nach der Rechtsordnung** im allgemeinen **„geeignet"** ist — vgl. die Definition des Rechtsgeschäfts oben S. 178 — in gehöriger Weise zu wirken, entsprechen die Wirksamkeitsvoraussetzungen den **besonderen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts** notwendigen Anforderungen; sie müssen noch außer den Geltungsvoraussetzungen vorhanden sein, damit das Rechtsgeschäft in gehöriger Weise wirke. Die objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen sind also dem konkreten Rechtsgeschäft durch den in ihm zum Ausdruck gelangten Parteiwillen selbst gesetzt. Ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag über ein Grundstück ist, wenn er formlos abgeschlossen wird, nichtig (§§ 125, 313 Abs. 1 BGB.). Wird derselbe aufschiebend bedingte Vertrag formgerecht eingegangen, sind auch sonst sämtliche Geltungsvoraussetzungen vorhanden, so ist das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern gültig. Gleichwohl übt es aber in der Zeit von der Vornahme bis zum Eintritt der Bedingung nicht seine volle Wirkung aus. Es genügt eben auch das Vorhandensein aller Geltungsvoraussetzungen hier nicht, um das Rechtsgeschäft sofort seine volle Wirkung entfalten zu lassen. Denn noch gebricht es dem Rechtsgeschäft an einer aus seinem Inhalt entspringenden besonderen objektiven Wirksamkeitsvoraussetzung — dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Ein Testament, in dem jemand seinen Ehegatten bedenkt, ist an sich gültig,

wenn auch die Ehe nach der Testamentserrichtung geschieden wird. Jedoch fehlt dem Testamente dann eine nach seinem Inhalt gewollte Wirksamkeitsvoraussetzung, nämlich, daß diejenige Person, welche der Erblasser als seinen Ehegatten bedacht hat, in diesem Verhältnis zu ihm bis zum Erbfall verblieb, § 2077 BGB.

Rechtsgeschäfte, welchen eine solche objektive Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, sind unwirksam im engeren oder eigentlichen Sinne.[12]

An dieser Stelle entfernen wir uns bewußt von der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dasselbe nennt im Anschluß an die in den Motiven[13] enthaltene Definition oftmals die von uns als nichtig bezeichneten Rechtsgeschäfte „unwirksam", das Gesetz beobachtet jedoch bei der Wahl der Bezeichnung keineswegs in konsequenter Weise ein bestimmtes Prinzip. Erklärungen, welche unter einer Bedingung abgegeben werden, sind in den Fällen der §§ 388, 925, 2180, 2202 BGB. unwirksam, nach den §§ 1317, 1598, 1724, 1742, 1947 BGB. „können sie nicht" vorgenommen werden, sind also gemäß § 134 BGB. „nichtig"[14]. Ein

12. Im Prinzip übereinstimmend Markwald S. 34, Figge S. 37.

13. Bd. I S. 216.

14. Uebereinstimmend Leonhard S. 436 Anm. 1; abweichend Figge S. 32, dessen Auffassung, das Gesetz spreche mit den Worten „kann nicht" kein Verbot aus, sondern bezeichne das betreffende Geschäft als rechtlich unmöglich, mir nicht einleuchtend erscheint. Ein Geschäft, welches man nicht bedingt vornehmen „kann", ist rechtlich nur aus dem Grunde unmöglich, weil es das Gesetz verbietet; rechtliche Unmög-

dogmatischer Grund für diese Ungleichmäßigkeit der Ausdrucksweise ist nicht ersichtlich. § 2298 erklärt einen Erbvertrag für „unwirksam", wenn eine der in ihm enthaltenen Verfügungen „nichtig" ist, § 2085 läßt unter gewissen Umständen die „Unwirksamkeit" einer einzelnen in einem Testamente enthaltenen Verfügung die „Unwirksamkeit" der übrigen Verfügungen zur Folge haben, ganz allgemein ist ein Rechtsgeschäft nach § 139 „nichtig", wenn eines seiner Teile „nichtig" ist. Diese Beispiele charakterisieren die schwankende Terminologie des Gesetzes, welche von einem einheitlichen Leitgedanken nicht durchdrungen ist. Um die systematische Behandlung der Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte durchführen zu können, muß daher die Darstellung abseits von der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihren eigenen Weg gehen.

Zwecks Erläuterung des Unterschiedes von Geltungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen, auf welchem nach unseren vorangegangenen Darlegungen die Scheidung von Nichtigkeit und Unwirksamkeit im engeren Sinne beruht, ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Wirksamkeitsvoraussetzungen im Gegensatz zu den Geltungsvoraussetzungen aus dem besonderen Inhalt des Rechtsgeschäfts entspringen. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen müssen außer den

---

lichkeit und Verbot stehen also in kausalem Verhältnis zu einander, schließen sich aber nicht, wie Figge anzunehmen scheint, aus.

Geltungsvoraussetzungen im konkreten Falle vorhanden sein, weil dahin der in dem Rechtsgeschäft verkörperte Wille der Partei geht, d. h. die Partei selbst macht die Wirksamkeit des Geschäfts von dem Vorliegen jener Voraussetzungen abhängig. Die Geltungsvoraussetzungen dagegen werden nicht von dem das Rechtsgeschäft Vornehmenden verlangt, sondern von der Rechtsordnung. Die im eigentlichen Sinne unwirksamen Rechtsgeschäfte wirken nicht, obwohl sie es können, weil sie es nicht wollen, die nichtigen haben nicht die ihrem Inhalt entsprechende Wirkung, weil sie es nicht können, obwohl sie es wollen. Die nichtigen Rechtsgeschäfte sind, wie Leonhard[15] anschaulich bemerkt, „zum Tode verurteilte, die unwirksamen selbstmörderische“[16].

Es kann also ein Rechtsgeschäft unwirksam im weiteren Sinne sein

1. weil eine Geltungsvoraussetzung fehlt — Nichtigkeit,

2. weil ihm zwar die Geltungsvoraussetzungen innewohnen, aber eine objektive Wirksamkeitsvoraussetzung mangelt — eigentliche Unwirksamkeit.

Die oft verwechselten Begriffe der Unwirksamkeit und der Nichtigkeit bilden daher zwei Gegenpole in

15. S. 440.

16. Zur Ergänzung seien die weiteren weniger häufigen Entstehungsgründe der Unwirksamkeit im engeren Sinne herangezogen, wie sie Kipp a. a. O. S. 432 aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch herleitet. Auch auf die Ausführungen von Leonhard, Wahlschuld S. 42, ist hinzuweisen, denen sich Oettinger S. 35 anschließt.

der Kategorie der im weiteren Sinne unwirksamen Rechtsgeschäfte. Weder ist die Behauptung zu billigen, die Unwirksamkeit gliedere sich in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit[17]; in dieser Weise ist allenfalls die Ungültigkeit zu teilen. Noch ist zutreffend die von Biermann[18] geäußerte Auffassung, die Unwirksamkeit im engeren Sinne sei gleich Mangelhaftigkeit minus Anfechtbarkeit; hier fehlt gänzlich der Platz für die Nichtigkeit. Gegen Hölders Ansicht[19], das Bürgerliche Gesetzbuch nenne die Ungültigkeit Unwirksamkeit, sprechen die vorangegangenen Ausführungen zur Genüge; nur die Nichtigkeit könnte man vielleicht als im Bürgerlichen Gesetzbuch mit der Ungültigkeit identifiziert ansehen. Der weiteren Aufstellung von Hölder, das Besondere der Unwirksamkeit gegenüber der Nichtigkeit liege in der Unheilbarkeit der ersteren begründet, steht die Vorschrift des § 313 Satz 2 BGB. in Verbindung mit § 125 BGB. entgegen. Der in den vorangegangenen Ausführungen festgestellte tiefgreifende Unterschied zwischen Unwirksamkeit im eigentlichen Sinne und Nichtigkeit ist besonders für die folgende Betrachtung über relative Unwirksamkeit und relative Nichtigkeit als bedeutsam festzuhalten[20].

17. Endemann, Lehrbuch Bd. I S. 366 Anm. 1.

18. Lehrbuch Bd. I S. 171.

19. S. 240.

20. Graphisch läßt sich nunmehr der Aufbau der in § 2 untersuchten Arten der Mangelhaftigkeit von Rechtsgeschäften erläuternd so darstellen:

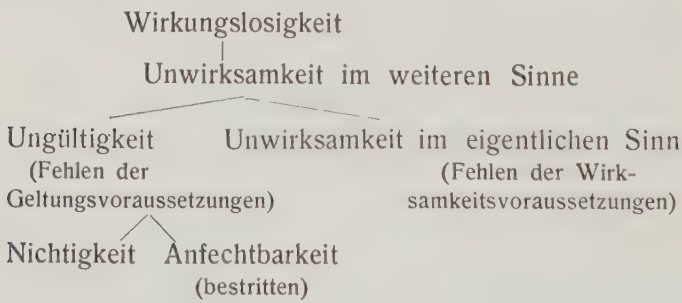
§ 3.

Relative Nichtigkeit und relative Unwirksamkeit.

Schon der in dem vorigen Abschnitt dargetane begriffliche Gegensatz zwischen Unwirksamkeit[1] und Nichtigkeit müßte Anlaß genug sein, eine Vermengung auch der relativen Unwirksamkeit und der relativen Nichtigkeit als bedenklich und irreführend zu vermeiden. Beide Bezeichnungen werden trotzdem in der Literatur des geltenden Rechts noch recht häufig wahllos für denselben Begriff, den der relativen Unwirksamkeit, angewandt[2]. Eine relative Nichtigkeit kennt das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nicht, und das für die Erkenntnis der relativen Unwirksamkeit so gefährliche Erscheinen jener Bezeichnung in der Literatur ist nur aus der geschichtlichen Entwicklung der einschlägigen Institute zu erklären.

Während dem römischen Recht, wie in § 1 zu zeigen gesucht, der abstrakte Begriff "relative Unwirk-

---



1. Von jetzt an ist stets die Unwirksamkeit im eigentlichen oder engeren Sinne gemeint, wenn der Text schlechthin von Unwirksamkeit spricht.

2. So u. a. Cosack Bd. I S. 173, Goldmann-Lilienthal I S. 167, 181, Oertmann ZZP. Bd. 33 S. 28.

samkeit“ oder „relative Nichtigkeit“ fremd war, finden wir im älteren gemeinen Recht eine sog. nullitas secundum quid z. B. bei Justus H. Böhmer lib. IV tit. 1 § 142, tit. 15 § 2 eod. Jene nullitas secundum quid, auch von manchen als nullitas respectiva bezeichnet, wurde im jüngsten gemeinen Recht relative Nichtigkeit genannt.

Beim Abschluß der Entwickelung des gemeinen Rechts hatten sich allmählich aus der Fülle der Meinungen drei hauptsächliche Richtungen in der Auffassung vom Wesen dieses Instituts herausgebildet.

Zu untersuchen ist nun, ob auch nur eine derselben sich mit der relativen Unwirksamkeit des heutigen Rechtes deckt.

Begriffswidrig ist es, in der relativen Nichtigkeit eine Form der Nichtigkeit zu erblicken, welche nur einzelnen Personen gegenüber besteht, anderen gegenüber aber nicht. Dies haben bereits zur Zeit des gemeinen Rechts besonders scharf Brandis[3], nachher Vangerow[4], Windscheid[5] ausgesprochen. Eine solche Konstruktion ist völlig unverträglich mit dem Wesen der Nichtigkeit. Wenn ein Rechtsgeschäft nichtig ist, so muß ihm eine Geltungsvoraussetzung fehlen. Die Abwesenheit einer Geltungsvoraussetzung kündigt uns nach den Ausführungen in § 2 an, daß das Rechtsgeschäft nicht den allgemeinen Anforderungen ent-

3. S. 121 Anm. 1.
4. Bd. I S. 397.
5. Bd. I S. 428 Anm. 84.

spricht, welche die Rechtsordnung an dasselbe stellt. Infolgedessen kann ein solches Rechtsgeschäft in keiner Weise, auch nicht bestimmten Personen gegenüber, die Wirkung ausüben, welche der in dem Geschäft zum Ausdruck gelangte Parteiwille erstrebt[6].

Eine weitere Ansicht, welche in älterer Zeit von Mühlenbruch[7] vertreten wurde, und als deren Anhänger sich neuerdings Mitteis[8] bekennt, sieht in der relativen Nichtigkeit eine solche, die einer Konvaleszenz fähig ist. Wir haben zwar die Anschauung zurückgewiesen, daß die Unheilbarkeit ein Begriffsmerkmal der Nichtigkeit sei, und können im Bürgerlichen Gesetzbuch auch Fälle heilbarer Nichtigkeit antreffen (§ 313 Abs. 2 BGB.), sodaß der Annahme, in der heilbaren Nichtigkeit eine besondere Art der Nichtigkeit zu erblicken, begrifflich nichts im Wege stehen würde. Jedoch sind die Fälle heilbarer Nichtigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch aus Zweckmäßigkeitsgründen in Hinblick auf die konkrete Rechtslage des einzelnen Falles geschaffen und ein einheitlicher Gedanke im Gesetz nicht vorhanden, welcher die heilbare Nichtigkeit für eine eigene Unterart der Nichtigkeit zu halten berechtigte. Es würde dann auch der Name

6. Partielle Nichtigkeit ist überhaupt nicht denkbar; auch § 139 BGB. spielt auf eine solche nicht an. Die Angabe, § 139 BGB. behandele „teilweise Nichtigkeit" ist zweideutig. In § 139 BGB. ist nicht ein Rechtsgeschäft beschränkt nichtig, sondern ein Teil eines Rechtsgeschäftes in jeder Beziehung nichtig. Hierauf weist mit Recht hin Natter S. 24.

7. Bd. I § 114.

8. Privatrecht S. 242 und 243.

„relative Nichtigkeit“ recht wenig die Eigentümlichkeit derselben, die Heilbarkeit, zum Ausdruck bringen.

Eine dritte Richtung hält das relativ nichtige Rechtsgeschäft für anfänglich gültig und wirksam; jedoch könne es durch Erklärung gewisser Personen nichtig werden[9]. Die Relativität wird darin gesehen, daß nur bestimmte Personen die mit vernichtender Kraft ausgestattete Erklärung abzugeben vermögen. In feinerer Abgrenzung tritt uns diese Anschauung bei Windscheid (§ 82) entgegen. Allein die relative Nichtigkeit, wie sie nach dieser Ansicht beschaffen ist, fällt im wesentlichen mit der Anfechtbarkeit zusammen, seitdem das Bürgerliche Gesetzbuch in § 142 letzterer rückwirkende Kraft beigelegt hat. Die überaus subtilen Abweichungen, welche Windscheid an den beiden Begriffen der relativen Nichtigkeit in dem zuletzt besprochenen Sinne und der Anfechtbarkeit beobachtet, sind, wie er selbst in Anmerkung 9 erklärt, von geringer praktischer Tragweite. Zwischen der relativen Nichtigkeit nach dieser Meinung und der Anfechtbarkeit des heutigen Rechts „nominis tantum sonus differt“[10], die Verschiedenheit beider ist zu geringfügig, um ein besonderes Institut jener relativen Nichtigkeit neben der Anfechtbarkeit unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Wissenschaft aufrecht zu erhalten; daher ist Dernburg[11]

9. Waechter Bd. II S. 669, Brinz-Lotmar Bd. IV S. 415, ähnlich Priem.

10. Mitteis Iherings J. Bd. 28 S. 131.

11. Pandekten I S. 283 Anm. 10.

im Endergebnis zuzustimmen, wenn er meint, das Bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet **diese Art** der relativen Nichtigkeit als Anfechtbarkeit.

Die relative Nichtigkeit weist, wie aus den soeben gebotenen Auseinandersetzungen erhellt, keinerlei Berührungspunkte mit der relativen Unwirksamkeit auf, welche wir im ersten Teile der Darstellung kennen gelernt haben. Es ist ferner hervorgehoben worden, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch das besondere Institut der relativen Nichtigkeit jeglicher Bedeutung fremd ist. Daher ist nicht die mindeste Veranlassung einzusehen, noch heute mit dem vieldeutigen Begriff der relativen Nichtigkeit zu arbeiten. Aber nicht nur im Interesse einer Einheitlichkeit der auf unserem Gebiete genugsam komplizierten Terminologie ist der Wunsch nach Ausschaltung der relativen Nichtigkeit zu äußern, sondern wegen der Gefährlichkeit einer Vermischung derselben mit der relativen Unwirksamkeit. Die von uns gewonnene Erkenntnis des tiefgreifenden Unterschiedes zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit im Zusammenhang mit den Ausführungen über die heute nicht mehr dem Gesetz entsprechende relative Nichtigkeit lassen vor allem das Verlangen stellen, die relative Unwirksamkeit nicht mit dem vieldeutig schillernden Begriff der relativen Unwirksamkeit zu identifizieren, wie dies noch vielfach geschieht[12]. Relative Unwirksamkeit und rela-

12. So heißt es bei Cosack a. a. O.: „Im übrigen wird die relative Unwirksamkeit ebenso behandelt, wie die Nichtigkeit kraft Gesetzes. Man könnte sie deshalb ebensogut relative Nichtigkeit nennen"!

tive Nichtigkeit voneinander getrennt zu halten, ist nicht bloß eine terminologische Spielerei, wie manche anzunehmen scheinen, sondern die Grundvoraussetzung für eine fruchtbare Behandlung der relativen Unwirksamkeit.

§ 4.

Die rechtliche Natur der relativen Unwirksamkeit und die Auffindung der grundlegenden Regel für ihre Umgrenzung.

Die relative Unwirksamkeit ist eine in besonderer Weise umgrenzte, beschränkte Unwirksamkeit. Das relativ unwirksame Rechtsgeschäft weist das von uns dargetane charakteristische Merkmal einer jeden Abart der eigentlichen Unwirksamkeit auf: den Mangel in einer objektiven Wirksamkeitsvoraussetzung. Es ist gültig, aber nicht vollwirksam.

Die herrschende Meinung[1] erklärt, die Eigentümlichkeit der relativen Unwirksamkeit bestehe darin, daß ein von ihr betroffenes Rechtsgeschäft allen Personen gegenüber wirksam ist, mit Ausnahme einer einzigen oder eines bestimmten Personenkreises. Diese Konstruktion ist keineswegs unlogisch, wie einige Schriftsteller[2] in Verkennung der Gattungszugehörigkeit der

1. Ihre Anhänger sind u. a Planck I S. 245, Biermann I S. 178, Enneccerus I S. 332, Rehbein I S. 177.

2. z. B. Fitting S. 292 Anm. 10; Predari, LZ. 1907 S. 459; Oertmann, Allg. Teil S. 438.

relativen Unwirksamkeit annehmen. Sondern an dieser Stelle zeigt sich gerade der Wert einer scharfen Trennung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit nebst deren beschränkten Erscheinungsformen. Gewiß ist es undenkbar, daß eine Verfügung für alle Personen als vollzogen gilt und nur für eine einzige nicht — relative Nichtigkeit; jedoch widerspricht es niemals der Logik, wenn man sagt, daß eine Verfügung gültig vollzogen ist, daß aber das gültig geschehene Rechtsgeschäft gegen manche Personen nicht zu wirken imstande ist. Unrichtig ist die Annahme, daß für den einen der Erwerber, für den anderen noch der Veräußerer einer Sache deren Eigentümer sei. Logisch einwandsfrei ist dagegen die Ansicht, daß der Erwerber für jedermann der Eigentümer ist, daß aber der Eigentumserwerb desselben für und gegen eine gewisse Personengruppe nicht zu wirken vermag, daß diese sich über die geschehene Uebereignung hinwegzusetzen vermögen und sie ignorieren können. Dem Recht ist die Macht zuzugestehen, Personen gegen gewisse ihnen nachteilige Verfügungen immun zu machen. Diejenigen, welche an dieser Stelle die herrschende Meinung als unlogisch angreifen, lassen sich selbst den bedenklichen dogmatischen Irrtum zuschulden kommen, relative Nichtigkeit mit relativer Unwirksamkeit zu vermengen. Um bildlich diese Darlegung zu erläutern: Wenn gegen jemanden, der durch einen Panzer geschützt ist, ein Stoß geführt wird, so bleibt dies ein Stoß, auch wenn er infolge des Panzers den Angegriffenen nicht verletzt; letzterer

braucht sich um den Angriff nicht zu kümmern, obgleich der Stoß tatsächlich ausgeführt wird und er ihn auch bemerkt.

Logisch begründet ist demnach die Meinung, welche das Wesen der relativen Unwirksamkeit darin sieht, daß bestimmte Personen und nur diese ein Rechtsgeschäft als unwirksam behandeln können.

Aber diese Auffassung hat sich bei unseren Betrachtungen im ersten Teil als **praktisch undurchführbar** erwiesen. Wir haben gesehen, daß es die Rechtslage in dem Falle des § 135 BGB. erfordert, dem von dem Erwerber mit der rei vindicatio belangten Dritten eine Berufung auf die relative Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung seitens des Verbotsbetroffenen an den klägerischen Erwerber zu gestatten, ebenso wie dem debitor cessus der von dem Verbotsbetroffenen abgetretenen Forderung gegenüber einer Klage des Zessionars. Der Meinung von Planck, „die gegen ein Verbotsgesetz der im § 135 bezeichneten Art verstoßende Verfügung ist wirksam für diejenigen, zwischen welchen sie vorgenommen ist, sowie für jeden Dritten, der nicht zu denjenigen gehört, zu deren Schutze das Verbot bestimmt ist", müssen wir also entgegenhalten, daß bei genauerer Betrachtung sich die Notwendigkeit ergibt, auch dem von dem Erwerber mit der rei vindicatio oder der abgetretenen Forderung belangten Dritten die Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit der Rechtsübertragung zu gewähren. In der Erkenntnis ferner, daß § 135 BGB. den Schulfall

für die herrschende Auffassung über relative Unwirksamkeit ständig darstellt, und die herrschende Ansicht nicht nur dort, sondern ebenso bei eingehender Behandlung der Rechtslagen aus § 506 BGB., § 23 ZVG., § 7 KO., bei der Anfechtung innerhalb des Konkurses und nach dem Anfechtungsgesetz[3] versagt hat — haben wir dieselbe aufgegeben. Die herrschende Theorie ist zu verwerfen, weil sie der wirklichen Rechtslage nicht gerecht wird und, auch nur in ihrem Leitsatz durchgeführt, zu unrichtigen Ergebnissen führt.

Nicht eben zahlreich sind die Forschungen, welche abseits von der soeben zurückgewiesenen allgemeinen Ansicht gehen.

Für den Fall des § 135 BGB. weist Kohler[4] die herrschende Lehre als verwirrend zurück und nimmt an, daß in solchen Fällen „stets ein positives Recht des Dritten erwächst, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot lautet, welches Recht den mit dem Veräußerungsverbot belegten Gegenstand belastet". Zur praktischen Erläuterung dieser Anschauung führt Kohler den Rechtsfall an, „daß eine Uebertragungspflicht bezüglich beweglicher Gegenstände durch eine einstweilige Verfügung des Gerichts mit Veräußerungsverbot gesichert wird". In diesem Falle entstehe für den Verbotsberechtigten **bedingtes Eigentum** an der betreffenden Sache. Diese Auffassung entspricht nicht völlig der im Gesetze

3. oben S. 64, 106, 119, 155.
4. Bürgerliches Recht Bd. I S. 157.

selbst getroffenen Regelung. Die einstweilige Verfügung vermag nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht einmal ein Sicherungspfandrecht an der betr. Sache wie der Arrest zu begründen. Dies ergibt sich daraus, daß § 930 ZPO. auf einstweilige Verfügungen trotz des Wortlautes des § 936 ZPO. nicht anwendbar ist[5]. Hat aber nach dem positiven geltenden Recht die einstweilige Verfügung nicht die Kraft, ein Sicherungspfandrecht zu begründen, so ist ihr noch weit weniger die Fähigkeit zur Hervorbringung bedingten Eigentums zuzugestehen.

So sehr auch die Annahme eines bedingten Eigentums als glückliche Lösung zu begrüßen wäre, und so bedeutsame Anregungen diese Anschauung für unsere fernere Betrachtung der Frage gewährt, — scheint m. E. gleichwohl de lege lata die Auffassung, wie sie Kohler vertritt, über die gesetzliche Regelung hinauszugehen[6].

---

5. In der Praxis hat das Reichsgericht (Beschluß vom 16. Dez. 1895 RGZ. 36 S. 391) ausdrücklich erklärt, daß infolge der verschiedenen Zwecke, welche Arrest und einstweilige Verfügung verfolgen, bei der einstweiligen Verfügung „eine Pfändung, die ein Pfandrecht mit den Wirkungen des § 709 ZPO. (heutigen § 804 ZPO.) begründet, wie sie der § 810 ZPO. (heutiger § 930 ZPO.) im Sinne hat, nicht in Frage treten kann.“ Entsprechend Gaupp-Stein Bd. II S. 778, Petersen-Anger Bd. II S. 657, Sydow-Busch S. 822, 827, LG. I Berlin in KGBl. 1902 S. 51.

6. Es läßt sich aus § 135 BGB. überhaupt schwer nachweisen, daß das Gesetz hier für den Verbotsberechtigten „stets“ ein positives Recht „erwachsen“ läßt, welches den

Den ganzen Begriff der relativen Unwirksamkeit hält Oertmann[7] für problematisch und noch nicht genügend geklärt. „Sicher" scheint Oertmann aber, daß die Unwirksamkeit eine absolute wird, wenn der Berechtigte die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes geltend macht. Die relative Unwirksamkeit dieses Charakters würde sich, wie Oertmann einsieht, der Anfechtbarkeit nähern, und er selbst vermag keinen rechten Unterschied seiner relativen Unwirksamkeit von der Anfechtbarkeit anzuführen.

Oertmann übersieht, daß für die Anfechtung die Ausübung eines Gestaltungsrechtes charakteristisch ist, eine solche Ausgestaltung sich aber unter den Fällen relativer Unwirksamkeit nur ausnahmsweise, nämlich bei der Gläubigeranfechtung findet. Sonst tritt die relative Unwirksamkeit, wie in Teil I des öfteren ausgesprochen, ohne weiteres ein; die Partei, welche dieselbe geltend macht, beruft sich auf eine bereits bestehende Rechtslage, schafft aber jene nicht erst durch Geltendmachung eines Rechts des rechtlichen Könnens.

Geht man auf Oertmanns Idee ein und will man die Unwirksamkeit soweit der Anfechtbarkeit nähern, wie er es tut, so ist eine strenge Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und jener relativen Unwirksamkeit notwendig, wenn man nicht in den Fehler verfallen will, die relative Unwirksamkeit mit der **relativen Nichtigkeit** in der in § 3 zu dritt erläuterten Bedeutung zu ver-

---

betr. Gegenstand in dem durch das angeführte Beispiel beleuchteten Sinne „belastet".

7. Allg. Teil S. 438.

wechseln. Die Festlegung der Grenzlinie erscheint, wie erwähnt, Oertmann selbst als eine abschreckende problematische Aufgabe. Wir wollen uns, um die Klärung der Frage schon an dieser Stelle zu fördern, dieser Mühe nicht entziehen. Da wir in der relativen Unwirksamkeit eine Abart der eigentlichen Unwirksamkeit vor uns haben, so können wir mit Sicherheit behaupten, daß die relative Unwirksamkeit der von Oertmann angegebenen Richtung vor allen Dingen von der Anfechtbarkeit darin abweichen muß, daß nicht Nichtigkeit, sondern Unwirksamkeit das Endergebnis ist. Damit die Auffassung Oertmanns zutreffend wäre, müßte also regelmäßig die relative Unwirksamkeit durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes erst herbeigeführt werden; dies ist bereits als nicht passend verworfen worden. Sodann müßte das Gestaltungsrecht solcher Natur sein, daß es nicht, wie das Anfechtungsrecht, Nichtigkeit, sondern Unwirksamkeit hervorriefe. Abgesehen von der auch hier den einzigen Ausnahmefall bildenden Gläubigeranfechtung kennt das heutige Recht nicht ein einziges Recht des rechtlichen Könnens, welches Unwirksamkeit zur Entstehung brächte. Der Vorschlag von Oertmann ist abzulehnen.

Zur Erörterung steht jetzt der Erklärungsversuch relativer Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, welchen Raape unternommen hat.

Er sucht[8] der relativen Unwirksamkeit dadurch beizukommen, daß er sie für einen nicht einheitlichen

8. a. a. O. §§ 9, 10.

Begriff erklärt. Eine solche Zersplitterung des Begriffes wäre sehr zu bedauern, aber wenn sie sich als begrifflich notwendig erwiese, trotz aller damit verbundenen systematischen Nachteile hinzunehmen. Die von Raape vorgenommene Zerteilung ist jedoch m. E. weder erforderlich noch zutreffend.

1. Raape[9] bezeichnet die relative Unwirksamkeit in ihrem Hauptteile als „ausgeglichene Wirksamkeit". An sich sei das relativ unwirksame Rechtsgeschäft vollwirksam, nur lege eine relative Gegenwirkung die Hauptwirkung des Rechtsgeschäftes lahm. Die relative Unwirksamkeit entstehe aus dem Ausgleich zwischen Wirkung und relativer Gegenwirkung. Diese Vorstellung enthält ein recht anschauliches Bild von der relativen Unwirksamkeit, aber sie ist keine juristische Erklärung. Mit der bloßen Angabe, die relative Unwirksamkeit gehe aus dem Streit von Wirkung und Gegenwirkung hervor, ist doch nur eine Umschreibung gewonnen. Wo bleibt hier die Erklärung, wie diese Gegenwirkung beschaffen sei und wieweit sie sich erstrecke? Es fehlt jede Regel, mit deren Hilfe man aus dem Kampf der entgegenwirkenden Kräfte die Resultierende ausfindig machen könnte. Soll der Hinweis, daß eine relative Gegenwirkung bestehe, die Bildung eines abstrakten Begriffes der relativen Unwirksamkeit ermöglichen?

2. Die zu 1. besprochene Konstruktion legt Raape allen Fällen zugrunde, in denen bei dem von ihm unter-

9. S. 50.

stellten Ausgleich der Wirkung und Gegenwirkung die Hauptwirkung umsoviel stärker ist als ihre Gegnerin, daß eine **positive** Wirkung des Rechtsgeschäftes übrig bleibt. Raape[10] selbst gibt aber zu, daß seine Theorie gänzlich undurchführbar ist, sobald die **Gegenwirkung** umsoviel mächtiger ist als die positive Wirkung, daß sie das konkrete Rechtsgeschäft völlig der Wirkung beraubt. Diese letzteren Rechtslagen bilden für Raape die zweite Kategorie relativ unwirksamer Rechtsgeschäfte. Und in dem Bewußtsein, daß seine ursprüngliche Konstruktion hier versagt, wählt er für diese Fälle eine andere Erklärung. Die relative Unwirksamkeit in diesem zweiten Sinne sei frist- und formlose Anfechtbarkeit[11]. Die von Raape für den zweiten Teil relativ unwirksamer Geschäfte bestimmte Konstruktion deckt sich mit derjenigen, welche wir bereits von Oertmann für das gesamte Gebiet der relativen Unwirksamkeit vorgeschlagen fanden. Alle dort gegen diese Meinung angeführten Gründe stehen daher auch hier der Auffassung von Raape entgegen. Auf sie sei, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen. Die Schwäche seiner Konstruktion tritt deutlich zutage, wenn man zusieht, wie Raape ihre Richtigkeit durch Anwendung auf Einzelfälle zu beweisen sucht. Wir lesen bei Raape[12]: „Wenn z. B. der Vorerbe eine mit dem Anfallsrecht des Nacherben kollidierende Veräußerung vornimmt, so wird der Käufer zwar Eigentümer auch

10. S. 54.
11. a. a. O. S. 55.
12. S. 55.

gegenüber dem Nacherben, aber dieser kann es ihm mit Wirkung inter omnes entziehen". Sollte wirklich der Käufer auch gegenüber dem Nacherben wirksames Eigentum erlangen, so muß wohl dem Nacherben eine geheimnisvolle Macht zur Seite stehen, welche ihm hilft, dem Dritten das eingebüßte Eigentum „mit Wirkung inter omnes zu entziehen". Eine solche Kraft wohnt nur dem Gestaltungsrecht inne; § 2113 BGB. aber erkennt ein solches Recht des rechtlichen Könnens dem Nacherben nicht zu; die Bestimmung sagt: Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge i s t die Verfügung unwirksam, und nicht: hat der Nacherbe das Recht sie unwirksam zu m a c h e n.

Die von Raape vorgeschlagene Konstruktion der relativen Unwirksamkeit erklärt deren Wesen nicht. Sie führt zu einer in keiner Weise gerechtfertigten Zerteilung des Begriffes, verdeutlicht die relative Unwirksamkeit in einem Teil der Fälle durch ein Bild, ohne sie juristisch zu erklären und ist, insoweit sie die übrigen Erscheinungsformen relativer Unwirksamkeit betrifft, sogar nicht zutreffend.

Als Verbindung mit dem einzuschlagenden Wege wird die von Raape gewählte Ausdrucksweise „absolute Wirkung mit relativer Gegenwirkung" ihre Dienste leisten. Es drängt sich nämlich bei dieser Formulierung die weitere Frage auf: woher entspringt jene relative Gegenwirkung? Aus dem Gesetz im letzten Sinne. Das ist sicher, denn aus ihm schöpfen wir ja den Begriff der

relativen Unwirksamkeit überhaupt. Welchen Faktor, so lautet jetzt das Problem, läßt das Gesetz für die relative Gegenwirkung bestimmend sein? Die relative Gegenwirkung entstammt einem Recht. Ueberfliegen wir schnell einige der im ersten Teile der Darstellung erörterten Rechtslagen! Bei der Vormerkung bestand die Unwirksamkeit relativ gegenüber dem zu sichernden Anspruch, bei den Rechtsgeschäften des § 161 BGB. ging die Unwirksamkeit aus von einer bedingten Verfügung, gewissen Rechtsgeschäften des Vorerben haftet Unwirksamkeit an nach Maßgabe des Nacherbenrechtes, Rechtshandlungen des Gemeinschuldners waren unwirksam in Ausdehnung des Verwaltungsrechtes des Konkursverwalters bezw. des Beschlagsrechtes der Gläubiger; kurz, die relative Gegenwirkung ging ständig von einem Recht aus.

Die Darstellung kann sich jetzt des Bildes von der Gegenwirkung entledigen und hat, um sich dem Ziele zu nähern, den unterbrochenen Faden der systematischen Betrachtung wieder aufzunehmen. Einzusetzen ist bei dem Punkte, an welchem ausgesprochen ist, daß jede Art der Unwirksamkeit, demnach auch die relative, auf einem Mangel des Rechtsgeschäfts in den objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen beruht. Nachdem die Darlegungen, soweit gediehen sind, besteht die Schwierigkeit bei Festlegung der relativen Unwirksamkeit darin zu erkennen, **wie der Mangel der objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts beschaffen ist, welcher die eigentümliche relative Abgrenzung der Unwirksamkeit zeitigt.**

Nun gilt es, unsere Feststellung, daß die relative

Gegenwirkung von einem Recht ausgeht, zu verwerten und mit dem Ergebnis unserer begrifflichen Erwägungen zu vereinigen. Die „relative Gegenwirkung" ist, wie uns die vorangegangenen systematischen Erörterungen ohne weiteres erkennen lassen, nur ein bildlicher Ausdruck für den der relativen Unwirksamkeit zugrunde liegenden Mangel in den objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts. Und, wenn wir sagten, daß die relative Gegenwirkung von einem Rechte herrührt, so bedeutet diese Erscheinung nichts anderes, als daß jene die relative Unwirksamkeit erzeugende Schwäche in den Wirksamkeitsvoraussetzungen von einem Recht ausgeht. Soweit die Einflußsphäre dieses Rechtes reicht, erstreckt sich das Fehlen der Wirksamkeitsvoraussetzungen und mit ihm die Unwirksamkeit. Jetzt können wir die oben S. 205 aufgeworfene Frage dahin beantworten: Der die relative Unwirksamkeit hervorbringende Mangel in den objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts geht aus von einem gewissen Recht und umgrenzt sich nach dessen Tragweite.

Dieses Recht ist in keinem Falle relativer Unwirksamkeit dasselbe. In dem des § 161 BGB. ist es das bedingte Recht des Ersterwerbers, in dem des § 883 BGB. der vorgemerkte persönliche Anspruch, in § 2289 BGB. das Recht des Vertragserben, in § 135 BGB. das Recht des durch das relative Verbot Geschützten und so fort. Das Recht, dem gegenüber die Unwirksamkeit relativ ist, stellt sich also in jedem Falle anders dar, es wechselt mit dem konkreten Falle.

Das allgemeine Merkmal dafür, welches Recht im Einzelfalle das für den Umfang der Unwirksamkeit maßgebende ist, bedarf noch der Feststellung. Da nämlich jeweils das betreffende Recht ein anderes ist, so würde unsere Formulierung an Wert einbüßen, wenn es nicht gelingt, eine Regel zu finden, mit deren Hilfe man in jedem Einzelfalle das für die Relativität der Unwirksamkeit maßgebliche Recht mühelos ausfindig machen kann. Diese Regel läßt sich unter Berücksichtigung der im ersten Teile der Darstellung angestellten Erörterungen unschwer feststellen. Stets dasjenige Recht, zu dessen Schutze im Einzelfalle das Gesetz die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes dekretiert, ist für die Ausdehnung derselben bestimmend. § 135 BGB. ordnet relative Unwirksamkeit an, um ein dem Verbotsberechtigten zustehendes Recht zu wahren[13], z. B. das obligatorische Recht auf Eigentumsübertragung aus dem Kaufvertrage; § 161 BGB. dient zum Schutze des Rechtes des bedingt Berechtigten, die §§ 6, 7 KO. bestehen mit Rücksicht auf das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters bezw. das Beschlagsrecht der Konkursgläubiger, die §§ 574 und 1124 BGB. zur Deckung des Vermieterrechtes des neuen Grundstückserwerbers und des Hypothekenrechtes, § 2113 für das Recht des Nacherben, § 2289 BGB. zum Schutze des Erbrechtes des Vertragserben. Die relative Unwirksamkeit reicht in jedem Falle soweit, als es zur Wahrung des zu schützenden Rechtes erforderlich ist.

Wir stellen nunmehr als Begriffsbestim-

13. Vgl. die oben S. 12 angeführte Stelle der Motive.

mung der relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte die folgende auf: **Die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruht auf einem Mangel in dessen objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen sie begrenzt sich proportional der Tragweite des jeweils zu schützenden Rechtes.**

§ 5.

Die Gliederung der relativen Unwirksamkeit in die Unterarten der objektiv- und der subjektiv- relativen Unwirksamkeit.

Noch ist der letzte Grad der Gliederung nicht erreicht, diejenige der relativen Unwirksamkeit selber. Eine Einteilung der relativen Unwirksamkeit hat Kipp[1] vorgeschlagen. Er zerlegt die relative Unwirksamkeit in eine objektiv-relative und eine subjektiv-relative Unwirksamkeit. Objektiv-relativ unwirksam ist nach der Auffassung von Kipp ein Rechtsgeschäft, dessen Unwirksamkeit nur soweit reicht, als es das Recht eines anderen verletzen würde. Subjektiv-relative Unwirksamkeit liege vor, wenn das Geschäft nur für die geschützten Personen unwirksam sei, allen übrigen gegenüber aber wirke wie in dem Falle des § 135 BGB. Kipp geht bei der Bildung des Begriffes der subjektiv-relativen Unwirksamkeit offensichtlich von der herrschenden Meinung über die relative Un-

1. a. a. O. Bd. I S. 432.

wirksamkeit aus. Wir haben jedoch dieselbe abgelehnt und nachzuweisen gesucht, daß auch in dem Falle des § 135 BGB. regelmäßig nicht nur der Verbotsberechtigte sich auf die relative Unwirksamkeit berufen kann. Infolgedessen vermögen wir der Auffassung von Kipp nicht beizupflichten, daß die subjektiv-relative Unwirksamkeit nur für den Verbotsberechtigten und, auch ganz allgemein, nur für eine bestimmte geschützte Person besteht. Andererseits geht aus den bisherigen Darlegungen hervor, daß auch jene subjektiv-relative Unwirksamkeit in objektiver Weise ihre Grenze findet, nämlich in der Ausdehnung des Rechtes des Geschützten, d. h. auch für den Geschützten besteht die subjektiv-relative Unwirksamkeit nicht unbeschränkt, sondern nur in Ausdehnung seines eigenen Rechtes, dessen Wahrung die Unwirksamkeit erstrebt.

Daß an dieser Stelle die von Kipp gefundene Gliederung der relativen Unwirksamkeit einen angreifbaren Punkt bietet, ist neuerdings M. Wolf[2] bei Behandlung der Vormerkung aufgefallen. Die Unwirksamkeit von Verfügungen, welche gegen eine Vormerkung verstoßen, besteht nur insoweit, als sie den vorgemerkten Anspruch verletzen würden, und die Unwirksamkeit kann in erster Linie — wenn nicht überhaupt ausschließlich — der Träger jenes Anspruchs geltend machen (vgl. Teil I § 3). Wolff zieht aus dieser Erscheinung den Schluß, bei der Vormerkung sei „die Unwirksamkeit sowohl eine subjektiv- wie eine objektiv-rela-

2. Bei Enneccerus Bd. II S. 120.

tive". So unanfechtbar diese Deduktion logisch ist, würde sie die glatte Zweiteilung der relativen Unwirksamkeit, wie sie Kipp vorgeschlagen, zu einer Dreiteilung erweitern. Man muß sich aber dagegen sträuben, die relative Unwirksamkeit zu zerlegen: in eine objektive, eine subjektive und drittens eine subjektiv-objektiv-relative Unwirksamkeit. Ein solches Ergebnis wäre wenig erfreulich! Und doch ist die Idee Wolffs die folgerichtige Weiterbildung der von Kipp aufgestellten Einteilung.

Da wir der subjektiv-relativen Unwirksamkeit, wie sie bei Kipp angegeben, nicht beigetreten sind, und auch vermeiden wollen, daß aus der Zweiteilung der relativen Unwirksamkeit jene Dreiteilung werde, so müssen wir uns weiterhin mit der Gliederung der relativen Unwirksamkeit beschäftigen.

Es ist zu den einzelnen im ersten Teil unserer Darstellung besprochenen Fällen oftmals hergehoben worden, daß in manchen Rechtslagen sich jedermann auf die relative Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes berufen konnte, in anderen nur eine bestimmte Anzahl von Personen; hingewiesen sei z. B. einerseits auf die Unwirksamkeit aus den §§ 135, 883 BGB., andererseits auf die aus den §§ 161, 2289 BGB. Daher beruht der **Grundgedanke** der von Kipp gebrachten Einteilung auf scharfer Beobachtung der relativen Unwirksamkeit und stimmt mit den Ergebnissen unserer kasuistischen Betrachtung überein. Die neuen Begriffe subjektiv- und objektiv-relative Unwirksamkeit sind auch insofern

glücklich gewählt, als sie die charakteristische Richtung bei der Begrenzung der relativen Unwirksamkeit in der Benennung klar zum Ausdruck bringen. Es verschwindet auch jede Befürchtung, daß eine dritte objektiv-subjektiv-relative Unwirksamkeit unsere Zweiteilung stören könnte — wenn wir die von uns aufgestellte Begriffsbestimmung der relativen Unwirksamkeit zugrunde legen, welche an dieser Stelle aufs neue ihre Brauchbarkeit zu beweisen haben wird. Die angreifbare Stelle der Begriffsbestimmungen, wie sie bei Kipp zu finden sind, liegt m. E. darin, daß sie von dem üblichen Begriff der relativen Unwirksamkeit ausgehen, daß sie, konkreter gefaßt, nicht berücksichtigen, daß es eine rein subjektiv begrenzte relative Unwirksamkeit überhaupt nicht gibt, daß auch diese stets ihre besonderen Schranken in objektiver Richtung findet. Die relative Unwirksamkeit haben wir festgestellt als proportional der Tragweite eines bestimmten Rechtes. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich mit völliger Klarheit, daß jeder Art der relativen Unwirksamkeit die objektive Umgrenzung nach Maßgabe der Ausdehnung eines Rechtes begrifflich innewohnt. Das Kriterium bei der Gliederung der relativen Unwirksamkeit muß, so ist auf Grund der letzten Ausführungen zu behaupten, jedenfalls eine subjektiv-relative Unwirksamkeit der Art ausscheiden, daß die Relativität der Unwirksamkeit einzig und allein in ihrer Beziehung zu gewissen Personen besteht.

Die relativ-unwirksamen Rechtsgeschäfte sind zu gruppieren in solche, bei denen sich auf die relative

Unwirksamkeit alle Personen berufen können, und in solche, bei denen nur bestimmte Personen hierzu berechtigt sind. Auch für diese Gliederung passen die von Kipp in etwas anderem Sinne gebrauchten Benennungen vortrefflich. Als objektiv-relative Unwirksamkeit bezeichnet daher die folgende Darstellung diejenige relative Unwirksamkeit, welche für alle Personen besteht, als subjektiv-relative Unwirksamkeit diejenige, auf welche nur bestimmte Personen sich berufen können.

Mit der Zweiteilung der relativen Unwirksamkeit in objektive und subjektive haben wir zwei Unterarten der relativen Unwirksamkeit gewonnen. Um das Vorliegen objektiv- oder subjektiv-relativer Unwirksamkeit darzutun, ist also nur zu prüfen, ob die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von allen oder nur von bestimmten Personen geltend gemacht werden kann. Einen weiteren begrifflichen Fortschritt würde diese Einteilung dann bieten, wenn wir den Grund allgemeingültig zu abstrahieren vermöchten, aus welchem bald die eine, bald die andere Form der relativen Unwirksamkeit entspringt. An dieses Problem kann man mit demjenigen Begriff der relativen Unwirksamkeit, welchen die von uns bekämpfte herrschende Meinung für zutreffend hält, überhaupt nicht herankommen[3].

3. Daher ist wohl auch Kipp a. a. O. nicht einem gemeinsamen Gesichtspunkt bezüglich der Herkunft der objektiv- und der subjektiv-relativen Unwirksamkeit nachgegangen.

Ausgehend von der von uns aufgestellten Begriffsbestimmung der relativen Unwirksamkeit schließt sich hier der Kreis der Betrachtungen. Die relative Unwirksamkeit besteht proportional der Tragweite eines bestimmten Rechtes. Je nachdem dieses Recht ein **absolutes** oder ein **relatives** ist, erscheint die relative Unwirksamkeit als **objektive** oder als **subjektive**[4]. Diese Behauptung bedeutet die letzte Folgerung des in unserer Darstellung entwickelten Gedankenganges. Zum Beweise der Richtigkeit des Satzes wollen wir die einzelnen Erscheinungsformen relativer Unwirksamkeit an uns vorüberziehen lassen und gleichzeitig nach ihrer Zugehörigkeit zu objektiv- oder subjektiv-relativer Unwirksamkeit gruppieren.

I. Die **objektiv**-relative Unwirksamkeit.

1. Es ist (S. 49) in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung betont worden, daß sich auf die Unwirksamkeit aus § 161 BGB. jedermann berufen kann. Die Unwirksamkeit besteht relativ gegenüber dem Recht desjenigen, zu dessen Gunsten eine bedingte Verfügung getroffen ist. Dieses Recht ist ein absolutes.
2. Im ersten Teil der Darstellung (S. 86) haben wir erkannt, daß jedermann gewisse Verfügungen des Vorerben, welche dem absoluten Nacherbenrechte widersprechen, als relativ unwirksam behandeln kann.

4. Eine Ausnahme statuiert nur expressis verbis der Entwurf eines Fideikommißgesetzes § 39, vgl. oben S. 80.

3. Ein jeder kann geltend machen, daß das Erbrecht eines Testamentserben in Ausdehnung des Rechtes eines von demselben Erblasser eingesetzten Vertragserben nach § 2289 BGB. relativ unwirksam ist. Das Recht des Vertragserben aus dem Erbvertrage hat absolute Eigenschaft.
4. Auf die infolge der Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren eintretende relative Unwirksamkeit weiterer Verfügungen des Schuldners können sich, wie wir S. 106 sahen, alle am Zwangsversteigerungsverfahren beteiligten Gläubiger berufen, ebenso wie der Zwangsversteigerungsschuldner und der Erwerber. Sämtliche an der Versteigerung beteiligten Personen können also die betr. Verfügung des Schuldners als relativ unwirksam behandeln; dies erklärt sich daraus, daß das durch die Beschlagnahme gesicherte Recht des Realgläubigers absolut ist. Daß nicht auch außerhalb der Zwangsversteigerung Stehende die relative Unwirksamkeit aus § 23 ZVG. geltend machen können, erklärt sich aus der Geschlossenheit des Verfahrens.
5. Auch die Wirkungen der Konkurseröffnung aus den §§ 6, 7 KO. treten für jedermann ein; hier ist die Unwirksamkeit relativ gegenüber dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger bezw. dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters. Beide sind absolute Rechte.
6. Ebenso wie die relative Unwirksamkeit nach den §§ 6, 7 KO. ist auch die infolge der Anfechtung

innerhalb des Konkursverfahrens eintretende umgrenzt; hier handelt es sich, wie oben S. 157 zu zeigen gesucht, ebenfalls um das Beschlagsrecht der Gläubiger oder das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters, und auch hier besteht die relative Unwirksamkeit des angefochtenen Geschäfts für alle[5].

II. Die **subjektiv**-relative Unwirksamkeit.

1. Bei der Betrachtung eines Veräußerungsverbotes aus § 135 BGB., welches zur Sicherung eines relativen Rechtes bestimmt ist, haben wir beobachtet, daß zwar der durch das Verbot Geschützte, der von dem Dritterwerber belangte Vindikationsbeklagte oder debitor cessus, sich auf die relative Unwirksamkeit der Verfügung berufen konnten. Nicht aber vermochte der Verbotsbetroffene den Dritterwerber zu belangen, zu dessen Gunsten er selbst die Verfügung getroffen hatte, mit der Begründung, der Rechtserwerb des Beklagten sei relativ unwirksam; ebensowenig konnte der von dem Verbotsbetroffenen verklagte Drittbesitzer geltend machen, eine Herausgabe an den Kläger würde der Verbotsberechtigte als unwirksam ansehen können. Wichtig ist es sich vor Augen zu halten, daß die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren anerkanntermaßen[6] wie ein

5. Die Anfechtung nach dem Gesetze von 1879 ist wohl verschieden zu behandeln nach dem jeweiligen Charakter des Grundanspruchs, vgl. hierzu eingehender Teil I § 10.

6. Vgl. die Literatur oben S. 103 Anm. 1.

Verbot aus § 135 BGB. wirkt, daß jedoch, wie soeben zu I, 4 erläutert, die Unwirksamkeit dort objektiv-relativ ist. **Dies ist eben der Fall, weil dort das durch das Verbot gedeckte Recht kein relatives, sondern am häufigsten das absolute des betreibenden Realgläubigers ist.**

2. Eine dem § 506 BGB. widersprechende Abrede kann zwar der Vorkaufsberechtigte als relativ unwirksam behandeln, und auch der Verkäufer in seinen relativen Beziehungen zu ihm, nicht aber der dritte Käufer und der Verkäufer im Verhältnis zu jenem[7].
3. Nur der Grundstückserwerber und der Mieter können die relative Unwirksamkeit aus § 574 BGB. geltend machen. Es ist bereits in § 2 des ersten Teiles erwähnt worden, daß das Mietsrecht ein obligatorisches und, abgesehen von der Durchbrechung in § 571 BGB., relatives Recht ist.
4. Die Unwirksamkeit der einer Vormerkung zuwiderlaufenden Verfügung besteht, wie jetzt fast allgemein mit Rücksicht auf § 888 BGB. anerkannt wird, nicht für jedermann. Entsprechend ist der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch, welcher gemäß § 883 BGB. für die Ausdehnung der Unwirksamkeit maßgebend ist, stets ein relativer.
5. Die relative Unwirksamkeit aus § 9 Abs. 2 GmbHG. betrifft die angegebenen Vergleiche oder

7. S. 63.

Verzichtleistungen der Gesellschaft nach Maßgabe der sonst ungedeckten Forderungen von Gläubigern gegen die Gesellschaft m. b. Haftung. Auf die Unwirksamkeit können sich im wesentlichen allein die Gläubiger der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Organe der Gesellschaft berufen, nicht aber ein jeder. Die Rechte der Gesellschaftsgläubiger, welche für die Ausdehnung der relativen Unwirksamkeit maßgebend sind, haben in der Tat nur relative Beschaffenheit.

Bei einer Nachprüfung der Rechtslagen, in welchen das Vorhandensein relativer Unwirksamkeit festgestellt worden ist, findet sich also objektiv-relative Unwirksamkeit, wenn die Unwirksamkeit gegenüber einem absoluten, subjektiv-relative Unwirksamkeit, wenn dieselbe gegenüber einem relativen Rechte besteht.

Dieses Ergebnis ist auch rein dogmatisch ohne weiteres erklärlich. Die relative Unwirksamkeit besteht proportional der Tragweite des jeweils zu schützenden Rechtes. Ein relatives Recht zieht nur eine beschränkte Anzahl von Rechtssubjekten in seinen Wirkungskreis, das absolute Recht dagegen ist von jedermann zu beachten und enthält latente Ansprüche gegen jeden Dritten. Die Unwirksamkeit, für deren Ausdehnung die Einflußsphäre eines Rechtes der Maßstab ist, muß daher notwendigerweise eine wechselnde Ausstrahlung auf dritte Personen haben, bei verschie-

denem Einfluß des maßgeblichen Rechtes; es muß die Unwirksamkeit, welche zum Schutze eines absoluten Rechtes bestimmt ist, für jedermann vorhanden sein, während die beschränktere Sphäre eines relativen Rechtes zur Folge hat, daß nur diejenigen, welche überhaupt mit dem relativen Recht zu tun haben, d. h. eben nur eine bescränkte Zahl von Personen, sich auf die Unwirksamkeit berufen können. Durch diesen Gedankengang haben wir die nochmalige Bestätigung des vordem auf induktivem Wege gerechtfertigten inneren Grundes für die Zweiteilung der relativen Unwirksamkeit erhalten[8].

Die Scheidung von objektiv- und subjektiv-relativer Unwirksamkeit ist nicht etwa eine rein konstruktive Errungenschaft, sondern macht sich auch praktisch fühlbar. Den beträchtlichen realen Wert jener Einteilung darzutun, seien die folgenden Ausführungen bestimmt: Die subjektiv-relative Unwirksamkeit aus § 135 BGB. erstreckt sich, wie zu wiederholten Malen erörtert, nicht auf die Beziehungen zwischen Verbotsbetroffenem und Dritterwerber. Im Verhältnis von Verbotsbetroffenem und Erwerber übt die durch das relative Verbot betroffene Uebereignung einer Sache

8. Selbstverständlich ist es, daß die relative Unwirksamkeit das betreffende Recht nur insoweit deckt, als sie das Gesetz im Einzelfalle zu diesem Zwecke entstehen läßt, also z. B. in § 135 BGB., soweit das Verbot reicht — dies ist S. 32 ff. näher auseinandergesetzt —, in § 2113 BGB., soweit es sich um Verfügungen über Grundstücke, in § 506 BGB. um Abreden des dort angeführten Inhalts handelt.

ihre volle Wirkung aus, sodaß der Erwerber ein zwar nicht dem Verbotsberechtigten, wohl aber dem Verbotsbetroffenen gegenüber wirksames Eigentum erlangt[9]. Es hat jemand entgegen der zugunsten eines anderen bestehenden einstweiligen Verfügung eine bewegliche Sache an einen Dritten veräußert, und zwar hat der Veräußerer die Sache in Besitz behalten, weil die Uebergabe durch Abschluß eines Mietsvertrages ersetzt worden ist (constitutum possessorium § 931 BGB.). Strengt nun der Erwerber die rei vindicatio gegen den Veräußerer auf Herausgabe der Sache an, so kann gegenüber dieser Klage der Veräußerer nur die Einrede aus dem ja vollwirksamen Mietsvertrage vorbringen, § 986 BGB. Das Eigentum des Klägers vermag der Beklagte nicht zu bemängeln; denn im Verhältnis des Klägers zum Beklagten ist eben der Eigentumsübergang wirksam erfolgt. Nur durch Vorschützen der Einrede aus § 986 BGB. vermag also der Veräußerer die Klage des Erwerbers zur Abweisung zu bringen.

Wenn der Vorerbe eine bewegliche Erbschaftssache unentgeltlich an einen Dritten per constitutum possessorium veräußert, § 2113 Abs. 2 BGB., indem er sie wiederum auf Grund eines mit dem Erwerber abgeschlossenen Mietsvertrages in Besitz behält, so ist die Veräußerung mit dem Eintritt des Nacherbfalles dem absoluten Nacherbenrechte gegenüber unwirksam. Hier

9. Gegen den Vorwurf mangelnder Logik ist dieses mit der herrschenden Meinung übereinstimmende Resultat S. 196 verteidigt worden.

liegt also nicht wie im vorigen Falle subjektive, sondern objektiv-relative Unwirksamkeit vor. Daher greift auch nach der von uns aufgestellten Regel die mit dem Nacherbfall vorhandene relative Unwirksamkeit in das Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Erwerber ein. Erhebt der Erwerber hier nach dem Nacherbfall die rei vindicatio auf Herausgabe der Sache, so kann ihm der Vorerbe zunächst ebenfalls die Einrede aus dem Mietsvertrage entgegenhalten, § 986 BGB. Sodann wird er aber auch das dem erhobenen Anspruch zugrunde liegende Eigentumsrecht des klagenden Erwerbers beanstanden, indem er geltend macht, daß die mit dem Eintritt des Nacherbfalles vorhandene relative Unwirksamkeit eine objektive sei, daher auch in den Beziehungen zwischen dem Kläger und ihm, dem Vorerben, der Eigentumserwerb des Klägers ein mangelhafter sei.

Es war in den beiden soeben erläuterten Fällen die Klage des Erwerbers abzuweisen. Jedoch ist hieraus nicht zu entnehmen, daß das praktische Endergebnis trotz der verschiedenen Arten relativer Unwirksamkeit ganz dasselbe ist. Ein solcher Schluß wäre nur scheinbar richtig, und der theoretisch bestehende Unterschied wird sich sogleich in seiner praktischen Bedeutung erweisen!

Erscheint der Beklagte nämlich in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, und trägt der Kläger die den Klageanspruch begründenden Tatsachen wahrheitsgetreu vor, so ist unter Zugrundelegung des § 331 ZPO. die Entwicklung die folgende:

a) In dem ersten Falle bringt der klagende Erwerber vor: „Ich habe von dem Beklagten die streitige Sache übereignet erhalten. Die Uebergabe ist durch den Abschluß eines Mietsvertrages ersetzt worden, auf Grund dessen Beklagter die Sache noch besitzt. Wenn auch bezüglich der Sache zu jener Zeit eine einstweilige Verfügung zugunsten eines anderen bestand, so hindert dies doch nicht, daß ich in meinen rechtlichen Beziehungen zum Kläger wirksames Eigentum erlangt habe, da die aus der einstweiligen Verfügung entspringende relative Unwirksamkeit subjektiven Charakters ist.“

Nimmt man gemäß § 331 Abs. 2 ZPO. das klägerische Vorbringen als zugestanden an, so rechtfertigt der geltend gemachte Tatbestand den erhobenen Anspruch, da die subjektiv-relative Unwirksamkeit in der Tat nicht die Beziehungen zwischen Erwerber und Veräußerer berührt, also der Kläger im Verhältnis zum Beklagten wirksames Eigentum hat. Es ist daher der Veräußerer nach dem Antrage des Erwerbers durch Versäumnisurteil zur Herausgabe der Sache zu verurteilen. Die mögliche Entgegnung aus dem Mietsvertrage stellt, wie erwähnt, nach § 986 BGB. nur eine „Einrede“ im technischen Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs dar und ist deshalb bei Ausbleiben des Beklagten nicht zu berücksichtigen, auch wenn der Kläger die Tatsache des Mietsvertrages selbst vorbringt[10].

b) In dem anderen Falle müßte der Kläger wahr-

10. Ebenso Gaupp-Stein Bd. I S. 342, in diesem Sinne ebenfalls das Reichsgericht vom 11. Januar 1893, JW. 1893 S. 95, auch (bezüglich der Kompetenz) Kohler, Beiträge S. 91 ff.

heitsgemäß zur Substantiierung seines Anspruchs folgendes vorbringen: „Der Streitgegenstand bildete einen Teil des Nachlasses, welcher dem Beklagten als Vorerben gehört hat. Vor dem inzwischen erfolgten Nacherbfall hat der Beklagte mir die Sache geschenkt und mir das Eigentum per constitutum possessorium in der Weise übertragen, daß er selbst den Mietsbesitz behalten hat. Ich stelle den Antrag, den Beklagten durch Versäumnisurteil zur Herausgabe zu verurteilen.“ Der Eigentumserwerb des Klägers ist wegen Verstoßes gegen § 2113 BGB. objektiv-relativ unwirksam. Infolgedessen hat der Kläger auch in seinen Rechtsbeziehungen zu dem beklagten Veräußerer (Vorerben) nicht das vollwirksame Eigentum an dem Grundstück erlangt, dessen er als Fundament seiner Klage benötigt. Das klägerische Vorbringen rechtfertigt also den Klageantrag nicht, die Klage ist durch Endurteil abzuweisen, § 331 Abs. 2 ZPO.

Bei Entscheidung des ersten, subjektiv-relative Unwirksamkeit behandelnden Rechtsfalles wurde also dem Kläger bei Ausbleiben des Beklagten das Versäumnisurteil gewährt, während in dem zweiten Falle bei objektiv-relativer Unwirksamkeit des den Klagegrund bildenden Rechtserwerbs die Klage unter den gleichen prozessualen Umständen abgewiesen werden mußte.

Ein erheblicher praktischer Einfluß des Unterschiedes zwischen subjektiv- und objektiv-relativer Unwirksamkeit!

§ 6.

Weitere Eigentümlichkeiten der relativen Unwirksamkeit; Rückblick.

Die Relativität der Unwirksamkeit erblicken wir in ihrer Ausdehnung nach dem Maßstab eines Rechtes. Charakteristisches Merkmal der relativen Unwirksamkeit ist es nun, daß diese Anpassung der Unwirksamkeit an das betreffende Recht als eine so enge Anschmiegung zu betrachten ist, daß in jedem Einzelfalle eine besondere Ueberlegung nötig wird, ob und inwieweit es für die unversehrte Erhaltung des Rechtes ratsam ist, um dieses den Schutzmantel der Unwirksamkeit zu breiten und durch ihn die störende Wirkung eines Rechtsgeschäftes abzuhalten. Wird jemandem zur Wahrung eines Kaufanspruchs auf Leistung der Sache die Verfügung über dieselbe durch einstweilige Verfügung verboten, so ist aus dem Wortlaut der einstweiligen Verfügung, wie er üblich ist, in der Tat nicht mehr zu entnehmen, als daß dem NN. wegen eines Anspruchs des Antragstellers X. aus dem Kaufvertrage vom . . . jede Verfügung über die Sache untersagt wird. Erst die Beachtung des soeben hervorgehobenen Gesichtspunktes führt hier zu der zutreffenden Auslegung. Es wird nämlich durch die einstweilige Verfügung nicht, wie es den Anschein haben möchte, dem NN. **jede** Verfügung über die Sache verboten. Sondern zum Verständnis der einstweiligen Verfügung ist die in ihr enthaltene kurze Angabe des Grundes auch bei Auslegung ihres befehlenden Teils zu verwerten. Der die einstweilige Verfügung rechtfertigende zugrunde-

liegende Anspruch ist derjenige des X. gegen NN. auf Uebereignung aus dem Kaufvertrage; und dem Antragsgegner wird nicht jegliche Verfügung über die verkaufte Sache benommen, sondern ihm nur zu verfügen untersagt, soweit es das Recht des Antragstellers beeinträchtigen würde[1].

Die relative Unwirksamkeit entsteht nicht etwa nur in der Ausdehnung eines Rechtes und bleibt dann starr in dem angeblichen Umfange weiter bestehen, sondern sie reagiert auf jede Veränderung des zu wahrenden Rechtes. Sie wächst mit demselben und vermindert sich mit ihm. Fällt das Recht teilweise fort, so wird auch die relative Unwirksamkeit zu einer entsprechend teilweisen; bei Beseitigung des zu deckenden Rechtes mit Wirkung ex nunc oder ex tunc wird auch die relative Unwirksamkeit genau in derselben Weise aufgehoben.

Die relative Unwirksamkeit tritt ipso iure ein. Dies haben wir als Regel beobachtet, von der nur die Anfechtung innerhalb des Konkurses und die Gläubigeranfechtung wegen des vermittelnden Eingreifens eines Gestaltungsrechts eine Ausnahme bildeten[2].

---

1. Eine Auslegung von einstweiligen Verfügungen, welche sich in den durch die Ausführungen des Textes gezeigten Bahnen bewegt, wird auch zu einer Milderung der Härten führen, die sonst jene oben S. 32 Anm. 31* angedeutete, von den Gerichten geübte Praxis mit sich bringen würde, die Fassung der einstweiligen Verfügung möglichst eng der des Antrags anzupassen.

2. Beachtet zu werden verdient auch die Scheidung von

Auf grundbuchrechtlichem Gebiete weist die relative Unwirksamkeit entgegen manchen Andeutungen in der Literatur[3] keine Besonderheiten auf. Die Frage nach der Grundbuchsperre für relativ unwirksame Verfügungen hat sich nicht einheitlich entscheiden lassen. Im wesentlichen waren überhaupt Gründe des formellen Grundbuchrechts, nicht aber der Konstruktion und Begrenzung der relativen Unwirksamkeit hierbei ausschlaggebend. Klar läßt dies besonders ein Vergleich der die Grundbuchsperre für die Fälle der §§ 161 BGB. und 6, 7 KO. befürwortenden Darlegungen mit den auf die Oeffnung des Grundbuchs hinzielenden Erklärungen zu §§ 883 BGB., 2213 BGB. und § 23 ZVG. erkennen.

Den Gegenstand der gesamten Darstellung bildet die relative Unwirksamkeit der **Rechtsgeschäfte.** Es hatten alle Erscheinungsformen relativer Unwirksamkeit deshalb außer Erörterung zu bleiben, in denen die relative Unwirksamkeit eines Rechtserwerbes nicht auf der relativen Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes beruht. Umfangreich ist das hiermit abgeschnittene Gebiet im heutigen Recht allerdings nicht. Aus dem römischen Rechte würde freilich das ganze Widerspiel

---

relativer Unwirksamkeit und schwebender Unwirksamkeit. Schwebend unwirksam sind Rechtsgeschäfte, die vorerst absolut — nicht nur relativ — unwirksam sind, aber später durch Hinzutreten eines Umstandes vollwirksam werden können wie in den §§ 108, 1396, 1829 BGB. Bei Alexander S. 60 und Hölder S. 303 ist dieser Unterschied nicht genügend in Betracht gezogen.

3. Oben S. 139 zu §§ 6, 7 KO.

der Exceptionen bei der actio Publiciana[4] hierher zu beziehen sein; im geltenden Rechte sind nur wenige Fälle vorhanden, in denen sich relative Unwirksamkeit findet, ohne daß es sich zugleich um relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes handelte. Eine dieser seltenen Formen relativer Unwirksamkeit bietet § 2026 BGB.[5], welcher bestimmt, daß der Erbschaftsbesitzer sich dem Erben gegenüber nicht auf die Ersitzung einer zur Erbschaft gehörigen Sache berufen kann. Hier haben wir es mit relativer Unwirksamkeit eines Rechtes zu tun, ohne daß diese von der relativen Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes — die Ersitzung ist kein solches — herrührt. Desgleichen enthält § 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juli 1891 eine Erscheinung relativer Unwirksamkeit eines Rechtes, welche nicht auf die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes zurückzuführen ist. Die Vorschrift lautet: „Wenn der wesentliche Inhalt der Eintragung den Beschreibungen, Zeichnungen . . . eines anderen ohne Einwilligung desselben entnommen ist, so tritt dem Verletzten gegenüber der Schutz des Gesetzes nicht ein.“ Bei jener Sachlage kann der zu Unrecht Eingetragene gegen den um seine Idee bestohlenen Dritten nicht auf Unterlassung der Benutzung des Gebrauchsmusters klagen, wohl aber gegen alle anderen Personen, und diese

4. Besonders deutlich l. 16 D. VI, 2 (l. 9 § 4 D. VI, 2).

5. Vgl. Staudinger V S. 276, M. Wolff a. a. O. S. 120 Anm. 13. Bemerkenswert ist die als Vorbild für § 2026 BGB. zu bezeichnende Ausgestaltung im römischen Recht bei Gaius lib. II, 57.

können nicht einwenden, daß das Muster dem Dritten entwendet sei und der Schutz daher eigentlich dem Eingetragenen nicht gebühre. Die Unwirksamkeit des Rechts des Eingetragenen ist relativ gegenüber dem Rechte dessen, dem er das Muster entnommen hat, selbst als Träger des Gebrauchsmusterrechts zu gelten. Diese relative Unwirksamkeit beruht nicht auf der Mangelhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts.

Während die zuletzt andeutungsweise behandelte relative Unwirksamkeit abseits von unserer Aufgabe lag, würde das Bild vom Wesen der uns beschäftigenden relativen Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte kein vollständiges sein, wenn wir eine eigenartige Begleiterscheinung unerwähnt ließen.

Der relativen Unwirksamkeit wird nämlich in der Mehrzahl der Fälle, abgesehen von ihrer begrifflichen Begrenzung, eine neue Schranke gesetzt in dem von außen eingreifenden Prinzip des Schutzes des guten Glaubens[6]. Es interessiert uns hier weniger, welche Bestimmungen des Gesetzes als Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Dritter anzusehen sind[7], als die

6. Siehe Hachenburg, Vorträge S. 133—156.

7. Welche Normen unter diese Zahl zu rechnen sind, ist zudem kaum zweifelhaft. Schwierigkeiten bereitet nur die Einreihung des § 407 BGB. Die Vorschrift wird zu den Schutzvorschriften gutgläubiger Dritter gegenüber relativer Unwirksamkeit gezählt von Hellwig, Rechtskraft S. 408, Wurzel S. 91, Planck I S. 246, Dernburg I S. 414; dagegen wenden sich auf der anderen Seite Staudinger I S. 438, Rehbein I S. 236 im Anschluß an die Motive Bd. I S. 214. In diesem Streit ist m. E.

Prüfung der Frage, ob wirklich die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens bei relativ unwirksamen Rechtsgeschäften so häufig modifizierend eingreifen, daß man von einer regelmäßigen Erscheinung sprechen kann. Deshalb soll kurz eine ergänzende Betrachtung dieses Inhalts angestellt werden.

Wohl fehlt der Schutz des guten Glaubens in den §§ 506, 574 BGB. § 9 II GmbHG., jedoch gelangen sämtliche Vorschriften über den Schutz gutgläubiger Dritter zur Anwendung in den Rechtslagen des § 135 BGB. (nach § 135 Abs. 2 BGB.), § 161 BGB. (nach § 161 Abs. 3 BGB.), § 883 BGB. (nach § 892 I, 2 BGB.), § 2113 BGB. (nach § 2113 Abs. 3 BGB.), § 23 und § 148 ZVG. (nach § 23 Abs. 1 u. 2 mit § 146 ZVG.). In § 7 KO. wird dem gutgläubigen Erwerber von Grundstücken geholfen[8].

---

mit den an erster Stelle angeführten Schriftstellern die Anwendbarkeit des § 407 BGB. auf die Fälle relativer Unwirksamkeit zu bejahen. Zur Begründung dieser Stellungnahme ist vor allem auf die überzeugenden Ausführungen von Hellwig und Planck a. a. O. zu verweisen. Die praktische Bedeutung der Streitfrage wird freilich erheblich abgeschwächt durch den Umstand, daß in den Fällen, in welchen die relative Unwirksamkeit der schuldnerischen Leistung auf richterliche Verbote oder Gebote zurückzuführen ist, die betreffenden obrigkeitlichen Anordnungen ihren Einfluß überhaupt erst mit ihrer Bekanntgebung an den debitor diesem gegenüber äußern.

8. Kohler (Leitfaden S. 74) legt gegen die herrschende Meinung, welche hier den Schutz des guten Glaubens auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts im Anschluß an den Wortlaut des § 7 KO. für ausgeschlossen hält, entschieden Verwahrung ein. Bedenklich erscheint m. E. jedenfalls die Konsequenz der herrschenden Lehre, daß im Wechselrecht dem gutgläubigen

Die durch die Anfechtung im Konkurse oder nach dem Gesetz von 1879 eintretende relative Unwirksamkeit wird zugunsten des redlichen Anfechtungsgegners erheblich abgeschwächt, § 37 Abs. 2 KO., § 7 Abs. 2 AnfG. Die Eindämmung der relativen Unwirksamkeit durch die Vorschriften über den guten Glauben ist nach dieser Aufzählung recht wohl als typisch zu bezeichnen. Die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts schadet dem Erwerber eines Rechtes in den angegebenen Fällen dann nicht, wenn er sich in einer vom Gesetze als entschuldbar angesehenen Unkenntnis derjenigen Umstände befand, welche die relative Unwirksamkeit herbeiführen. — —

Die Darstellung ist von der Untersuchung der einzelnen Erscheinungsformen relativ unwirksamer Rechtsgeschäfte ausgegangen, unter denen die Kombination relativer Unwirksamkeit mit einer Entziehung der Verfügungsbefugnis in den §§ 6 und 7 KO. bemerkenswert erscheint. Wiederholt war zu beobachten, daß der Wortlaut des Gesetzes kein untrügliches Mittel für die Begrenzung der Unwirksamkeit gewährte. Wir haben sodann die Bedeutung des Begriffes „Rechtsgeschäft" für unsere Aufgabe betont und sind nach kurzer Betrachtung der Terminologie in den römischen

---

Dritterwerber Art. 74 WO. nicht zur Seite stehen soll, wie dies u. a. Staub-Stranz A. 4 zu Art. 74 annehmen. Eine genauere Behandlung der Streitfrage würde eine über den Rahmen dieser Darstellung hinausgehende Sondererörterung benötigen.

Quellen auf den dogmatischen Gegensatz von Unwirksamkeit und Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte eingegangen. Die Unwirksamkeit und daher auch ihre Sondergattung, die relative Unwirksamkeit, hat sich aus einem Mangel in den objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen — der Sinn dieses Begriffes wurde im Zusammenhang erläutert— an sich gültiger Rechtsgeschäfte erklärt. Die eigentümliche Umgrenzung der relativen Unwirksamkeit (streng zu scheiden von der relativen Nichtigkeit!) ist auf eine abstrakte Regel zurückgeführt worden: Die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes begrenzt sich proportional der Tragweite des jeweils zu schützenden Rechtes. Diese Begriffsbestimmung hat zu der Gliederung der relativen Unwirksamkeit in objektive und subjektive geführt. Beide Arten unterscheiden sich darin, daß sich auf die objektiv-relative Unwirksamkeit ein jeder, auf die subjektiv-relative Unwirksamkeit nur ein bestimmter Personenkreis berufen kann. Als innere Ursache dieser verschiedenen Erscheinungsformen ist die bald absolute, bald relative Eigenschaft des durch die relative Unwirksamkeit zu deckenden Rechtes dargetan. Abschließend ist auf das Eingreifen der Rechtsgrundsätze über den Schutz gutgläubiger Dritter als typische Schranke bei der Begrenzung relativer Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte hingewiesen worden.

Thesen.

1. Das Wegnahmerecht aus § 951 Abs. 2 Satz 2 BGB. richtet sich nicht gegen den Erwerber eines Grundstücks, in welches vor dem Eigentumsübergange die wegzunehmende, bewegliche Sache als wesentlicher Bestandteil eingefügt war.

2. Das vom Papste Leo XIII. durch den Kardinalstaatssekretär Rampolla am 22. Juli 1900 erlassene Rundschreiben Ad notitiam Sanctae Sedis entspricht nicht dem Inhalte des Breve Quod de fidelium.

3. Der Vollstreckungsrichter ist befähigt, bei dem Zuschlag eines Grundstücks nach Maßgabe der zugrunde liegenden Versteigerungsbedingungen ein Schuldverhältnis zwischen dem Ersteher und dritten Personen zur Entstehung zu bringen.

4. Im Sachsenspiegel ist Gelöbnis und Treugelöbnis zu unterscheiden. Gelovede bedeutet ebendort ein formloses, Schuld und Haftung zugleich begründendes Versprechen.

5. Die Herabsetzung von Ansprüchen der Versicherten aus einer Lebensversicherung, welche das Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung bei schlechter Vermögenslage der Versicherungsgesell-

schaft vornimmt (§ 69 Abs. 2 VAG.), ist als Ausübung eines kraft Reichsverwaltungsrechts dem Reiche zustehenden Rechtes mit der Wirkung unmittelbarer Veränderung der Versicherungsverhältnisse aufzufassen.

Lebenslauf.

Ich, Herbert Schachian, wurde am 5. Mai 1888 als Sohn des Justizrats Julius Schachian zu Berlin geboren. Im Jahre 1897 trat ich in das Friedrichs-Werdersche Gymnasium in Berlin ein und verließ die Anstalt mit dem Zeugnis der Reife, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu widmen.

Ostern 1906 bezog ich die Großherzoglich Badische Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg.

Nach einem Semester setzte ich meine Studien in der Rechtswissenschaft wie auf anderen Gebieten an der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin fort, an der ich weitere fünf Semester verblieb. Während dieser Zeit erhielt ich meine juristische Ausbildung bei den Herren Professoren Anschütz, Bornhak, Brunner, Dickel, Fürstenau, Gierke, Goldschmidt, Hellwig, Kahl, Kipp, Kohler, v. Liszt, v. Martitz, Neubecker, Seckel, v. Seeler, Sokolowski, Wolff.

Am 18. Oktober 1909 habe ich in Berlin die Referendar-Prüfung ‚mit Auszeichnung' und am 5. Juli 1910 das Rigorosum vor der Juristischen Falkultät zu Berlin ‚cum laude' bestanden.

Meinen Lehrern an der Berliner Universität möchte ich auch an dieser Stelle in Verehrung meinen aufrichtigen Dank für die mir erwiesene Förderung aussprechen; insbesondere Herrn Geheimrat Kipp für die vielfache Anregung bei der Herstellung vorstehender Schrift.